

BRUNO BARRETO DE AZEVEDO TEIXEIRA

**UMA NOVA METODOLOGIA HERMENÊUTICA PARA A
INTEGRAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS
COMERCIAIS INTERNACIONAIS**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor José Augusto Fontoura Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2023

BRUNO BARRETO DE AZEVEDO TEIXEIRA

**UMA NOVA METODOLOGIA HERMENÊUTICA PARA A
INTEGRAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS
COMERCIAIS INTERNACIONAIS**

Versão Original

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Internacional e Direito Comparado, sob a orientação do Professor Dr. José Augusto Fontoura Costa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Teixeira, Bruno Barreto de Azevedo

Uma nova metodologia hermenêutica para a integração e interpretação dos contratos comerciais internacionais ; Bruno Barreto de Azevedo Teixeira ; orientador: José Augusto Fontoura Costa -- São Paulo, 2023.

418 p.

Versão Original

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional e Direito Comparado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito. 2. Direito Internacional. 3. Direito Internacional Privado. 4. Direito do comércio internacional. 5. Contratos comerciais internacionais. I. Costa, José Augusto Fontoura, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo.

Título: Uma Nova Metodologia Hermenêutica para a Integração e Interpretação dos Contratos Comerciais Internacionais.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional e Direito Comparado, sob a orientação do Prof. José Augusto Fontoura Costa.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao meu avô, meu herói, minha inspiração e
meu maior exemplo de vida.

AGRADECIMENTOS

Os capítulos de agradecimentos padecem de natural e intrínseca injustiça. Afinal, as contribuições para a conclusão de trabalhos tais como esta tese de doutoramento são inúmeras e de classes muito diversas. Desde uma mensagem reluzente sobre a qualidade do trabalho, até uma feroz e irascível crítica – e passando, por óbvio, pelo carinho nos momentos de desânimo, cansaço e lassidão –, qualquer manifestação positiva ou negativa, contribuiu, de alguma forma, para o produto final desta tese. Entretanto, me permitirei certa injustiça para dedicar breves linhas àquelas pessoas sem os quais esta tese não teria nascido.

Este trabalho é dedicado, integralmente, ao meu avô, Celso de Albuquerque Barreto, que, do outro lado (ou do outro espectro), o abençoou. Em um momento de particular tristeza (mas de absoluta lucidez), escrevi que tudo que sei (e o que não sei) aprendi com ele. Sempre dedicar-me-ei a fazer jus ao seu caráter e brilhantismo.

Gostaria de agradecer, em primeiro lugar, à minha família – em especial meus pais, Carla e Antônio José, sem os quais nada seria possível. É o constante apoio deles que permitiu todas as minhas conquistas acadêmicas, profissionais e pessoais. Agradeço também ao meu irmão Pedro, por me permitir ver que a vida deve ser, sempre, regada de pureza e ingenuidade.

Impossível ter completado essa tese sem o apoio da minha (eterna) namorada, Alexandra Tupper Palhares, que esteve ao meu lado nos momentos bons (e nos muitos momentos não tão bons assim) desde praticamente o primeiro dia dessa empreitada. Suas palavras acolhedoras, seu olhar crítico e, principalmente, seu carinho incondicional tornaram esse trabalho melhor do que poderia ter sido.

Devo, ainda, inúmeros agradecimentos ao Prof. José Augusto Fontoura Costa, que, para minha enorme felicidade, aceitou, há cinco anos atrás, orientar este que vos escreve. Sua decisão de me acolher naquela época certamente exigiu-lhe uma dose de fé, mas espero que eu tenha retribuído com todo o suporte dado ao longo destes anos.

E por falar em suporte, sequer estaria aqui se não fosse pelo apoio dos meus mestres, os Professores Nadia de Araújo, Lauro Gama Jr., Marilda Rosado, Daniela Vargas e João Bosco Lee, que sempre me estenderam a mão em apoio às minhas empreitadas acadêmicas e profissionais. Eles tiveram papel fundamental não só no meu interesse pelo direito internacional, como também na formulação das ideias que basearam este trabalho. Serei eternamente grato.

Não podia, também, deixar de agradecer aos meus colegas de labuta. Primeiro, ao time de Contencioso e Arbitragem do Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, em especial aos sócios Flávio Spaccaquerche Barbosa – outro que me acolheu, nos idos de 2013, também com uma grande dose de fé – e Eduardo Damião Gonçalves, um grande exemplo de pessoa e profissional. Segundo, à equipe do LDCM Advogados, que se tornou, em pouco tempo, parte integral da minha vida. Conduzir este doutorado em conjunto com o cotidiano da advocacia não foi fácil, mas seria impossível se não fosse por este constante sustentáculo.

Um agradecimento relevantíssimo também à *Hague Academy of International Law* e ao *Institut International pour l'Unification du Droit Privé* (UNIDROIT), duas das mais importantes instituições do direito internacional, pela oportunidade de passar meses em suas impressionantes bibliotecas complementando a pesquisa. Os ares da Haia e de Roma contribuíram, de forma incisiva, para as conclusões aqui atingidas.

Devo mencionar, ainda, meus alunos da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), uma das principais escolas de direito internacional do país e minha *alma mater*, em especial os membros do Grupo de Estudos em Arbitragem e Direito do Comércio Internacional, que são, sem dúvidas, minha segunda família. A contribuição vinda de mentes de tamanho brilhantismo e diversidade demonstrou-me que o lema da nossa casa é legítimo: nada é pesado quando se tem asas.

Aos meus amigos do peito, aqueles que, na alegria e na tristeza, na saúde e na doença, estão ao meu lado:

Meus amigos de Colégio Teresiano, que nunca imaginaram que eu seria hoje Doutor em Direito. Meus amigos de PUC-Rio, que sempre nutriram meu lado acadêmico (principalmente na véspera das provas). Meus amigos da NYU, de Praga, Lima, Ljubljana, Istambul, Singapura, México D.F., Milão, Buenos Aires, Kiev, Tel Aviv, Santiago e São Paulo, por me fazerem perceber que distância, língua e cultura não são barreiras para a amizade verdadeira. E, por fim, meus amigos de “*panelinha*”, sem os quais os eventos de arbitragem não teriam a mesma graça.

Aproveitando o ensejo, gostaria de agradecer algumas pessoas em especial, que foram absolutamente importantes nesta longa, e por vezes tortuosa, jornada: Primeiro, Daniel Tavela Luís, amigo do peito e companheiro de aventuras, que me incentivou a buscar o doutoramento e que tão gentilmente compôs a banca de qualificação deste trabalho (e cujas críticas e sugestões tornaram suas conclusões mais coerentes), e Isabela Lacrete, que não só teve paciência para debater os temas aqui tratados, como me proveu um lar durante anos de idas e vindas de – e para – São Paulo. Segundo, aos amigos Bernard Potsch, Mariana Martins Costa, Fabiana Almeida, Rodrigo Moreira e Vivian Rocha, que se voluntariaram para ler e comentar esta obra. Suas críticas tornaram este trabalho muito melhor do que seria sem elas. Terceiro, à colega Fernanda Braga, acadêmica de primeira linha, cuja ajuda foi essencial na reta final desta tese.

Impossível não encerrar este prólogo com um obrigado especial à cidade da garoa, que me acolheu como um filho ao longo destes cinco anos; à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que considero, hoje, também minha *alma mater*; e a todos os professores que tive ao longo do Programa de Doutorado. Sua contribuição foi inestimável.

Mais uma vez, muitíssimo obrigado.

*“Il est contraire à l’ordre naturel des choses
que des rapports de droit internationaux soient
gouvernés par des droits nationaux.”*

*René David, L'Arbitrage dans le Commerce
International*

RESUMO

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. *Uma nova metodologia hermenêutica para a integração e interpretação dos contratos comerciais internacionais*. 2023. 418 p. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Comparado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Esta tese tem como objetivo propor uma nova metodologia hermenêutica para a integração e interpretação dos contratos do comércio internacionais. Esse novo método busca fornecer subsídios teóricos e práticos para que advogados, juízes e árbitros possam exercer a função hermenêutica de modo a fomentar o comércio internacional, mitigando uma das grandes barreiras para o seu desenvolvimento: o *border effect*, isto é, a redução dramática de transações no plano transfronteiriço se comparado com o plano doméstico, causado, em sua essência, pelos efeitos da pluralidade de ordens jurídicas que afeta os contratos do comércio internacional. A partir de um exame crítico da doutrina e da jurisprudência relacionada aos contratos do comércio internacional, a tese constrói uma metodologia baseada em dois grandes pilares: o protagonismo da autonomia da vontade como elemento de coordenação das diversas fontes do direito dos contratos comerciais internacionais, e o papel integrativo da internacionalidade como elemento de solução de antinomias decorrentes da aplicação dessas normas, bem como em alguns limites à hermenêutica internacionalista ora proposta, baseados, em sua essência, em dois institutos clássicos do direito internacional privado: as *overriding mandatory provisions* e a ordem pública internacional. Ao fim, a tese buscará testar se o novo marco teórico serve, de fato, ao propósito de promover o comércio internacional, examinando como essa nova hermenêutica garante a eficiência econômica e protege a segurança jurídica das operações comerciais internacionais.

Palavras-chave: Direito Internacional. Direito Internacional Privado. Direito do Comércio Internacional. Contratos Comerciais Internacionais.

ABSTRACT

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. *A new theoretical approach to the integration and interpretation of international commercial contracts*. 2023. 418 p. PhD dissertation (International and Comparative Law) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

This dissertation aims to propose a new theoretical methodology for the integration and interpretation of international commercial contracts. This new method seeks to provide theoretical and practical subsidies so that lawyers, judges and arbitrators can interpret international commercial contracts so as to promote international trade, mitigating one of the major barriers to its development: the border effect, that is, the dramatic reduction of transactions at the cross-border level compared to the domestic level, caused, in essence, by the effects of the diversity of legal orders that affect international commercial contracts. Based on a examination of the scholarship and case law related to international commercial contracts, the dissertation builds a method based on two main pillars: the protagonism of the parties' autonomy as the main element of coordination of the various sources of the law of international commercial contracts, and the integrative role of internationality as an element for solving antinomies arising from the application of these norms, as well as some limits to the interpretation proposed herein, based, in essence, on two classic institutes of private international law: overriding mandatory provisions and the *ordre public*. In the end, the thesis will seek to test whether the proposed method serves the purpose of promoting international trade, examining how this new theoretical framework ensures economic efficiency and protects legal certainty of international trade operations.

Keywords: International law. Private International Law. International Commercial Law. International Commercial Contracts.

RÉSUMÉ

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. *Une Nouvelle Approche Théorique pour l'Intégration et l'Interprétation des Contrats du Commerce International*. 418 p. Thèse de Doctorat (Droit International) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Cette thèse vise à proposer une nouvelle méthodologie théorique d'intégration et d'interprétation des contrats du commerce international. Cette nouvelle méthode vise à fournir des subventions théoriques et pratiques afin que les avocats, les juges et les arbitres puissent interpréter les contrats commerciaux internationaux de manière à promouvoir le commerce international, en atténuant l'un des principaux obstacles à son développement : le *border effect*, c'est-à-dire, la réduction extraordinaire des transactions au niveau transfrontière par rapport au niveau national, causées, essentiellement, par les effets de la diversité des ordres juridiques qui affectent les contrats commerciaux internationaux. Sur la base d'un examen de la doctrine et de la jurisprudence relatives aux contrats du commerce internationaux, la thèse construit une méthode basée sur deux piliers principaux: le protagonisme de l'autonomie des parties comme un élément principal de coordination des différentes sources du droit des contrats du commerce internationaux, et le rôle intégrateur de l'internationalité comme élément de résolution des antinomies découlant de l'application de ces normes, ainsi que certains limites à l'interprétation proposée ici, fondée, en substance, sur deux instituts classiques du droit international privé : les *overriding mandatory provisions* et l'ordre public. À la fin, la thèse cherchera à tester si la méthode proposée sert à l'objectif de promotion du commerce international, en examinant comment ce nouveau cadre théorique assure l'efficacité économique et protège la sécurité juridique des opérations de commerce international.

Mots clés : Droit International Privé. Droit du Commerce International. Contrats du Commerce Internationaux.

RESUMEN

TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. *Una nueva metodología hermenéutica para la integración e interpretación de los contratos comerciales internacionales*. 2023. 418 p. Tesis Doctoral (Derecho Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Esta tesis tiene como objetivo proponer una nueva metodología hermenéutica para la integración y interpretación de los contratos del comercio internacional. Esta nueva modalidad busca fornecer subsidios teóricos y prácticos para que abogados, jueces y árbitros puedan interpretar los contratos comerciales internacionales de manera de promover el comercio internacional, mitigando una de las principales barreras para su desarrollo: el *border effect*, es decir, la drástica reducción de transacciones a nivel transfronterizo en comparación con el nivel doméstico, causado, en esencia, por los efectos de la diversidad de ordenamientos jurídicos que afectan a los contratos comerciales internacionales. A partir de un examen de la doctrina y la jurisprudencia relacionada con los contratos comerciales internacionales, la disertación construye un método basado en dos pilares fundamentales: el protagonismo de la autonomía de las partes como principal elemento de coordinación de las diversas fuentes del derecho de los contratos comerciales internacionales, y el papel integrador de la internacionalidad como elemento para resolver las antinomias derivadas de la aplicación de estas normas, así como algunos límites a la interpretación que aquí se propone, basada, en esencia, en dos institutos clásicos del derecho internacional privado: las *overriding mandatory provisions* y el orden público. Al final, la tesis buscará comprobar si el método propuesto sirve al propósito de promover el comercio internacional, examinando cómo este nuevo marco teórico asegura la eficiencia económica y protege la seguridad jurídica de las operaciones de comercio internacional.

Palabras claves: Derecho Internacional Privado. Derecho del Comercio Internacional. Contratos Comerciales Internacionales.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	23
1.1	A TESE OBJETO DESSA OBRA	23
1.2	A RELEVÂNCIA DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS COMO OBJETO DE ESTUDO	25
1.3	METODOLOGIA, CONCEITOS E LIMITES	35
2	NECESSIDADE DE UMA NOVA METODOLOGIA HERMENÊUTICA PARA OS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS	41
2.1	O <i>BORDER EFFECT</i> E O COMÉRCIO INTERNACIONAL	41
2.2	O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO E O <i>BORDER EFFECT</i> ...	44
2.3	TENTATIVAS ANTERIORES DE FORMULAÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA INTERNACIONALISTA PARA OS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS	72
2.3.1	OS <i>CONTRATS SANS LOI</i>	73
2.3.2	A <i>LEX MERCATORIA</i> COMO SISTEMA LEGAL AUTÔNOMO	77
2.3.3	A <i>LEX MERCATORIA</i> COMO METODOLOGIA HERMENÊUTICA.....	85
3	UMA NOVA HERMENÊUTICA PARA OS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS	95
3.1	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO COMERCIAL INTERNACIONAL . 95	
3.2	ELEMENTOS ESSENCIAIS DA HERMENÊUTICA DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS: FONTES, METODOLOGIA E LIMITES	106
3.2.1	FONTES DO DIREITO DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS.....	107
3.2.1.1	DIREITO ESTATAL.....	108
3.2.1.1.1	REGRAS DE CONFLITO DE LEIS.....	108
3.2.1.1.2	DIREITO DOS TRATADOS.....	112
3.2.1.1.3	DIREITO MATERIAL DOMÉSTICO	121
3.2.1.2	DIREITO NÃO-ESTATAL	124
3.2.1.2.1	PRINCÍPIOS DO DIREITO DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS	125
3.2.1.2.2	PRÁTICAS, USOS DO COMÉRCIO E COSTUMES.....	134
3.2.2	A METODOLOGIA HERMENÊUTICA PROPOSTA PARA OS CONTRATOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	150
3.2.2.1	A HERMENÊUTICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.....	151

3.2.2.2	CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS EXISTENTES NO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO.....	160
3.2.2.3	A AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO PROTAGONISTA NA INTERAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS.....	166
3.2.2.4	A INTERNACIONALIDADE COMO PRINCÍPIO-GUIA DA HERMENÊUTICA CONTRATUAL INTERNACIONAL.....	192
3.2.3	LIMITES DA HERMENÊUTICA PROPOSTA	218
3.2.3.1	<i>OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS</i>	223
3.2.3.2	A ORDEM PÚBLICA.....	246
4	A NOVA METODOLOGIA HERMENÊUTICA E O FOMENTO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	267
4.1	OBJETIVO DO MÉTODO HERMENÊUTICO PROPOSTO: FOMENTAR O COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	267
4.2	PARÂMETROS ECONÔMICOS E JURÍDICOS RELEVANTES PARA O FOMENTO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	273
4.2.1	O PAPEL DA EFICIÊNCIA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL	273
4.2.2	SEGURANÇA JURÍDICA E COMÉRCIO INTERNACIONAL	286
4.3	EFEITOS DA APLICAÇÃO DA METODOLOGIA PROPOSTA	296
4.3.1	PROTEÇÃO DA ALOCAÇÃO DE RISCO AVENÇADA PELAS PARTES	296
4.3.2	PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO OPORTUNISTA.....	308
4.3.3	PROMOÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL EM SITUAÇÕES DE ALTERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS.....	323
5	CONCLUSÃO.....	345
	REFERÊNCIAS	353

1. INTRODUÇÃO

1. Esta obra tem o objetivo de propor uma um novo marco teórico para a hermenêutica do direito dos contratos comerciais internacionais. Este capítulo (1) introduzirá a tese, apresentando o problema que se busca resolver e um esboço da metodologia hermenêutica que está no seu cerne. Apresentaremos, também, (2) o contexto social, econômico e jurídico que justifica a nova proposta metodológica que a embasa, assim como (3) a metodologia de pesquisa, os conceitos fundamentais para a construção da tese e seus limites.

1.1. A TESE OBJETO DESSA OBRA

2. Diversas barreiras impedem o desenvolvimento do comércio internacional.¹ Dentre elas, a que mais se destaca é a distância (física e cultural) entre os Estados. Há uma significativa redução no volume do comércio transfronteiriço se comparado com o comércio doméstico, mesmo entre países vizinhos (tanto física quanto culturalmente). Esse efeito foi apelidado pela doutrina especializada como *border effect*.²

3. Uma das principais causas do *border effect* são os custos de transação criados pela pluralidade de ordens jurídicas.³ Tal pluralidade se caracteriza pela existência de múltiplas normas domésticas e internacionais aplicáveis a um fato jurídico específico⁴ – neste caso, o contrato comercial internacional.

¹ “Summing up, there are four factors that are expected to determine the level of transaction costs in foreign trade between two countries: exchange rate fluctuations, risk of default, cultural homogeneity and historical trade relationship.” AMELUNG, Torsten. The Impact of Transaction Costs on the Direction of Trade: Empirical Evidence for Asia Pacific. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 147, n. 4, 1991. p. 720.

² “There is very little that economists fully understand about global trade but there is one thing that we do know – commerce declines dramatically with the distance.” LEAMER, Edward. A Flat World, a Level Playing Field, a Small World after All, or None of the above? A Review of Thomas L. Friedman's ‘The World is Flat’. *Journal of Economic Literature*, v. 45, n. 1, p. 83-126, 2007. p. 110.

³ “Diverse national laws create legal costs of determining and complying with the laws of multiple jurisdictions. Ex post litigation costs of forum shopping and deciding sometimes difficult choice of law issues are also produced.” WALT, Steven. Novelty and Risks of Uniform Sales Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 39, n. 3, p. 671-705, 1999. p. 671.

⁴ “Em essência, o pluralismo de ordens jurídicas consiste na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas.” RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106, 2011. p. 500.

4. O direito internacional privado contemporâneo não possui as ferramentas adequadas para mitigar esse efeito; pelo contrário, tanto o método clássico, quanto as tentativas de harmonização do direito dos contratos internacionais acabam por exacerbar esse fenômeno.

5. Por isso, mitigar o *border effect* é tarefa da ordem do dia do direito dos contratos comerciais internacionais. Muitas teorias foram criadas, porém nenhuma com relevante aderência prática.⁵ Daí nasce a questão que se procura resolver: como pode o operador do direito interpretar e integrar os contratos do comércio transfronteiriço de modo a mitigar o *border effect* e fomentar o crescimento do comércio internacional?

6. As normas hoje aplicáveis a estes contratos indicam a necessidade de adoção de um método de coordenação dessas múltiplas (e diversas) fontes, baseados em dois institutos fundamentais: o protagonismo da autonomia da vontade das partes na coordenação das normas do direito dos contratos comerciais internacionais, e a proteção da internacionalidade do contrato (*i.e.* a necessidade de se afastar eventuais idiosincrasias do direito doméstico que conflitem com a natureza internacional da avença).

7. As fontes normativas do direito dos contratos comerciais internacionais também impõem limites a esse método. A aplicação das chamadas *overriding mandatory provisions* e a ordem pública internacional funcionam como exceções à metodologia hermenêutica ora proposta, dando às normas mais fundamentais do direito doméstico prevalência sobre a autonomia da vontade e a internacionalidade da avença.

8. Ao fim, deve-se testar se o método proposto cumpre o seu objetivo, qual seja, fomentar o comércio internacional. Para tanto, identificar-se-á parâmetros objetivos essenciais para a criação de um ambiente propício para o desenvolvimento das operações econômicas transfronteiriças e verificar-se-á se a metodologia sugerida cumpre esses parâmetros.⁶

⁵ “Law merchant proponents themselves claim a reality whose existence they have a hard time proving. While there is undoubtedly some law outside the state, in all likelihood, a truly anational law merchant does not, nor did it ever, exist. Law merchant proponents commit exactly the mistake for which they criticize their opponents: they construct reality to make it fit their theories.” MICHAELS, Ralf. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 452-453, 2007.

⁶ “By it we work out the consequences of rival hypotheses, and are thereby led to institute experiments or to make observations which would otherwise not be undertaken, and so discover phenomena which might have gone undiscovered for centuries.” COOK, Walter. Scientific Method and the Law. *American Bar Association Journal*, v. 13, n. 6, p. 303-306, 1927. p. 307.

1.2. A RELEVÂNCIA DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS COMO OBJETO DE ESTUDO

9. Os contratos internacionais são sujeitos de amplos debates acadêmicos.⁷ A relevância do seu estudo se justifica pela importância do comércio transfronteiriço para a economia moderna.⁸ A amplificação do comércio internacional se consolidou a partir do processo contemporâneo de globalização,⁹ sendo as trocas econômicas fator relevante para a erosão de barreiras culturais (e jurídicas) tradicionais.¹⁰

10. Segundo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (“UNCTAD”), o valor agregado do comércio global atingiu, no início de 2022, USD 7.7 trilhões – um aumento de aproximadamente USD 1 trilhão em comparação com o início de 2021.¹¹

⁷ Nos anais do *Recueil des Cours* da Academia da Haia para o Direito Internacional, por exemplo, são inúmeros os textos que abordam, especificamente, o tema. O primeiro curso dedicado ao estudo dos contratos internacionais, intitulado *Le droit international et les obligations financières internationales qui naissent d'un contrat*, foi publicado por Williams Fischer em 1923. Nos cem anos que se seguiram, o tema dos contratos internacionais foi abordado diretamente em 25 cursos da Academia, pelos mais diversos ângulos – isso sem contar os cursos mais amplos mas que tocam, em algum trecho, na temática dos contratos do comércio internacional.

⁸ “A growing consensus in development studies is that long-term economic growth is significantly dependent on expanding international trade and attracting large-scale foreign direct investment.” TREBILCOCK, Michael e LENG, Jing. The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 7, p. 117-1580, 2006. p. 1540-1541. Em que pese essa profunda correlação entre os contratos internacionais e o desenvolvimento internacional, a doutrina percebe, contudo, um certo vácuo no estudo da relação entre as divergências existentes nas diversas abordagens dos múltiplos direitos dos contratos e o desenvolvimento econômico e social. Segundo Mariana Pargendler: “Given the centrality of contractual arrangements to the operation of modern capitalism, one would expect this to be a major question for researchers interested in the relationship between law and economic development. Yet, this is not what we see. In fact, the inquiry into the economic consequences of different contract laws around the world has received comparatively little scholarly attention.” PARGENDLER, Mariana. Comparative Contract Law and Development: The Missing Link? *The George Washington Law Review*, v. 85, n. 6, 2017. p. 1.718.

⁹ “Tous les Etats admettent aujourd’hui, à de très rares exceptions près et nonobstant ici et là des manifestations d’hostilité à la ‘mondialisation’, que la participation au commerce international est préférable à l’autarcie. Il serait donc plus dommageable qu’utile pour un Etat donné d’entraver sa propre participation par des dispositions impératives qu’il a été amené à prendre avec des visées de politique législative interne. Cette réalité a été illustrée pendant la seconde partie du XXe siècle par ceux des Etats d’Europe de l’Est qui, ayant collectivisé leur économie, adoptèrent des règles spécifiques pour les contrats relevant du commerce international” AUDIT, Bernard. Le Droit International Privé en Quête d’Universalité. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 305, 2001. p. 297.

¹⁰ “Hence, the dominant thrust has been market opening rather than market regulation, emphasizing the removal of barriers to transborder transactions rather than common rules governing social policy and industrial relations” MARTIN, Andrew. What Does Globalization Have to do with the Erosion of Welfare States? Sorting out the Issues. Program For The Study Of Germany and Europe (Working Paper Series, 7.5) Cambridge: Center for European Studies, 1997. Disponível em: http://aei.pitt.edu/63646/1/PSGE_WP7_5.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023. p. 55.

¹¹ Cf. UNCTAD. Global trade hits record \$7.7 trillion in first quarter of 2022. Disponível em: <https://unctad.org/news/global-trade-hits-record-77-trillion-first-quarter-2022>. Acesso em: 16 abr. 2023. Para

11. Os dados do Banco Mundial confirmam essa tendência: as exportações representam hoje 29,1% do Produto Interno Bruto (“PIB”) global. Em 1970 – quando esses dados começaram a ser monitorados – as exportações representavam apenas 12,9% do PIB global – um aumento de mais de 100% em cinquenta anos.¹²

12. Segundo a Organização Mundial do Comércio (“OMC”), o comércio internacional de mercadorias e serviços movimentou, em 2021, mais de USD 27 trilhões. Os setores mais beneficiados pelo comércio internacional são agronegócio, petróleo, gás e biocombustíveis, mineração, manufaturas, ferro e aço, químicos, farmacêuticos, maquinário e equipamento, telecomunicações, eletrônicos, automotivos, têxteis, transporte e viagens.¹³

13. Essa guinada coincide com um longo período de relativa paz mundial após o fim da Segunda Guerra Mundial.¹⁴ Pesquisas empíricas divergem sobre a relação causa-efeito entre a redução de conflitos multilaterais e a integração comercial internacional,¹⁵ mas o fato é que o comércio internacional nunca foi tão relevante para o desenvolvimento econômico e social.

maiores dados sobre comércio internacional, cf. UNCTAD Global Trade Update. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/ditcinf2022d2_en.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023. 15 abr. 2023.

¹² THE WORLD BANK. *Exports of goods and services (% of GDP)*. Disponível em: <https://data.worldbank.org>. Acesso em: 16 abr. 2023. 15 abr. 2023.

¹³ Cf. WTO STATS. Disponível em: <https://stats.wto.org/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁴ Relembrando os votos do famoso autor Victor Hugo na abertura do Congresso Internacional da Paz de 1849: “*Un jour viendra où il n’y a aura d’autres champs de bataille que les marchés s’ouvrant au commerce et les esprits s’ouvrant aux idées.*” HUGO, Victor. Discours d’Ouverture Prononcé au Congrès de la Paix, 21 ago. 1849. Disponível em: <https://www.herodote.net/Textes/victor-hugo-discours-du-congres-de-la-paix.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁵ Por um lado, dois estudos conduzidos por Solomon Williams Polachek (o segundo conduzido em parceria com John Robst, and Yuan-Ching Chang) encontram uma robusta correlação entre países cuja economia é integrada ao comércio internacional e a redução de conflitos internacionais. Segundo esses estudos, “*countries with the greatest levels of economic trade engage in the least amounts of hostility.*” POLACHEK, Solomon W. Conflict and Trade. *Journal of Conflict Resolution*, v. 24, n. 1, p. 55-78, 1980. p. 57-58; POLACHEK, Solomon W. *et al.* Liberalism and Interdependence: Extending the Trade-Conflict Model. *Journal of Peace Research*, v. 36, n. 4, p. 405-422, 1999. p. 405-422. Por outro lado, outros dois outros estudos, ambos conduzidos por Katherine Barbieri (no segundo, em conjunto com Gerald Schneider), chegam a conclusão que “[r]ather than inhibiting conflict, extensive economic interdependence increases the likelihood that dyads will engage in militarized interstate disputes.” BARBIERI, Katherine. Economic Interdependence: A Path to Peace or a Source of Interstate Conflict? *Journal of Peace Research*, v. 33, n. 1, p. 29-49, 1996; BARBIERI, Katherine; SCHNEIDER, Gerald. Globalization and Peace: Assessing New Directions in the Study of Trade and Conflict. *Journal of Peace Research*, v. 36, n. 4, p. 387-404, 1999. Há estudos que também demonstram que o aumento do fluxo de comércio internacional incentiva a resolução de conflitos territoriais. Neste sentido, cf., SIMMONS, Beth. “Trade and Conflict: International Borders as Institutions”. *The Journal of Conflict Resolution*. V. 49, n. 6, p. 844, 2005, onde se lê: “*When governments legitimate jurisdictional boundaries, they help reduce economic actors’ uncertainty, reduce transactions costs, and ameliorate other negative externalities that flow from contentious territorial claims. Such a paradigm shift should lead us to investigate the extent to which growing opportunity costs (alongside more traditional considerations) provide an impetus for governments to settle their disputes, contrary to realist expectations. This research suggests that the potential economic benefits, in many*

14. Prova disso é que o crescimento do comércio internacional entre 1996 e 2006 impactou diretamente o PIB mundial, que cresceu mais de 16% no período.¹⁶ Esses dados demonstram que o comércio internacional é um elemento de potente fomento do desenvolvimento econômico.¹⁷ Pela perspectiva econômica, portanto, é evidente a relevância dos contratos comerciais internacionais como principal instrumento do comércio transfronteiriço.¹⁸

15. É possível afirmar, também, que o desenvolvimento social das nações é, de certa forma, dependente do constante fluxo de comércio internacional. Há estudos que demonstram que o desenvolvimento social é intrinsecamente correlacionado ao crescimento econômico. Mervyn A. King investigou profundamente o tema em 1973,¹⁹ e chegou à conclusão que “há alguma evidência de uma relação positiva entre os dois”.²⁰

*cases, might be worth making some degree of territorial concession.” No fim, o tema parece ainda não ter sido resolvido: “Existing paradigmatic approaches to economic interdependence remain underspecified and the causal mechanisms untested. Too much of the literature consists of empirical findings intended to resolve theoretical debates, but since the evidence is inconclusive, and theories are imprecise, less has been learned than many would like. As Mansfield and Pollins noted in their review of the literature over a decade ago, “existing research has focused too much on addressing whether there is a relationship between interdependence and conflict and too little on identifying the underlying micro-foundations of any such relationship.” GARTZKE, Erik; ZHANG, Jiakun Jack. Trade and War. In: MARTIN, Lisa L. *The Political Economy of International Trade*. Nova York: Oxford University Press, 2015. p. 434.*

¹⁶ “In the last decade, trade has helped trigger strong growth in developing countries, whose share in the global trade has increased from 29 per cent in 1996 to 37 per cent in 2006 and whose exports have consistently been growing at a faster rate than those of developed countries. This has stimulated growth in export revenues of developing countries. At the same time, gross domestic product (GDP) per capita, one of the most relevant indicators of MDG progress, has increased by more than 16 per cent over the past five years in Africa, West Asia and Latin America (see table above). This has led to significant increases in employment and investment levels. The strong growth in exports from developing countries has, to a large extent, been due to the steady reduction of global tariffs as barriers to trade. On average, world tariffs have declined from 11 per cent in 2000 to 7 per cent in 2006 (see Figure 1). However, there is still evidence that developing countries face disproportionately high tariffs and trade barriers on products of export interest for them (see Figure 2). For example, in 2005, developing countries' agricultural exports faced, on average, a tariff of 8.9 per cent. Developed countries still impose tariffs on imports from developing countries that are twice as high as those from developed countries.” FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Santiago. *Trade and the MDGs: How Trade Can Help Developing Countries Eradicate Poverty*. Disponível em: <https://www.un.org/en/chronicle/article/trade-and-mdgs-how-trade-can-help-developing-countries-eradicate-poverty>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁷ “International trade is a powerful enabler of economic development. Empirical literature supports this with strong evidence that increased participation in international trade can spur economic growth, which itself is a necessary condition for broader development outcomes to be realized.” UNCTAD. *The role of international trade in the post-2015 development agenda*, 5-9 de maio de 2014. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/cid33_en.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁸ “Le contrat étant l'instrument principal du commerce international, toutes modifications dans le règles qui lui sont applicables obligent la communauté des professionnels à un réexamen de ses pratiques.” KAHN, Philippe. *Les Principes UNIDROIT comme Droit Applicable aux Contrats Internationaux*. In: BONELLI, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997. p. 40.

¹⁹ KING, Mervyn A. *Economic Growth and Social Development: A Statistical Investigation*. *The Review of Income and Wealth*, v. 20, n. 3, p. 251-272, 1974.

²⁰ “[T]here is some evidence of a positive relationship between the two”. *Ibid.*, p. 269.

16. Além disso, dados mais recentes demonstram que os países mais ricos são aqueles que possuem os mais altos índices de desenvolvimento social.²¹ Dos dez países com o maior PIB, oito são nações consideradas desenvolvidas.²² Os outros dois países dessa lista – China e Índia – possuem economias mais avançadas e condições sociais melhores do que aquelas encontradas nos países no fim da lista, como Ruanda e Togo, por exemplo.

17. O Brasil é um exemplo da correlação entre o comércio internacional e o desenvolvimento econômico e social. Desde a abertura comercial do país, no início dos anos 1990, o comércio internacional saltou de 15% em 1990 para 39% do PIB em 2021.²³ Segundo o Banco Mundial, o Brasil importou mais de USD 306 bilhões em 2021.²⁴ Além disso, segundo a UNCTAD, o país recebeu USD 50 bilhões em capital estrangeiro em 2021, tornando-se o 6º país com maior volume de captação de investimento estrangeiro no mundo.²⁵

18. Esses elementos afetaram diretamente o desenvolvimento do país. Desde os anos 1990, quando o país abriu as fronteiras para o comércio,²⁶ o Brasil observou um longo período de desenvolvimento social, particularmente no período entre 1998 e 2014.²⁷

²¹ THE WORLD BANK. *Open Data*. Disponível em: <https://data.worldbank.org>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²² Buscar uma definição consensual sobre o conceito ou critério de parametrização para definir se uma determinada nação é desenvolvida ou não é um tema polêmico e que foge do escopo deste trabalho. Por isso, adotamos, aqui, o conceito exposto no Standard Country or Area Codes for Statistical Use (M49) da UNCTAD. Cf. UNSD. *Methodology. Standard country or area codes for statistical use (M49)*. Disponível em: <https://unstats.un.org/unsd/methodology/m49/>. Acesso em: 16 abr. 2023. Segundo esse *standard*, “[t]he developing economies broadly comprise Africa, Latin America and the Caribbean, Asia without Israel, Japan, and the Republic of Korea, and Oceania without Australia and New Zealand. The developed economies broadly comprise Northern America and Europe, Israel, Japan and the Republic of Korea, as well as Australia and New Zealand.” Cf. UNCTAD. *Classifications*. Disponível em: <https://unctadstat.unctad.org/en/classifications.html>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²³ THE WORLD BANK. *Open Data*. Disponível em: <https://data.worldbank.org/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²⁴ THE WORLD BANK. *Open Data*. Disponível em: <https://data.worldbank.org/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²⁵ UNCTAD, *World Investment Report. International Tax Reforms and Sustainable Investment, 2022*. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_en.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

²⁶ “Esses dados por si já são capazes de sugerir que a inserção internacional da indústria brasileira modificou-se de forma bastante pronunciada no período pós-abertura. A posteriori, verifica-se que os anos decisivos na trajetória ‘explosiva’ das importações foram os de 1994 e 1995, coincidindo com o período da transição e do imediato pós-Plano Real.” KUPFER, David. *Trajétórias de reestruturação da indústria brasileira após a abertura e a estabilização*. 1998. Tese (Doutorado Economia) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998. p. 105. Neste mesmo sentido: “O modelo nacional-desenvolvimentista tornou-se insustentável ao final dos anos 1980, principalmente em um contexto internacional de abertura comercial, política e financeira. Desde o início dos anos 1990, através de reformas difíceis e custosas, tentava-se modificá-lo, com sucesso parcial.” HADDAD, Claudio. *Concentrar no Fundamental*. In: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando. *Sociedade e economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2009. p. 147.

²⁷ “Além do aumento da escolaridade, ao longo dos últimos 30 anos uma série de políticas contribuiu para a redução da pobreza e melhoria da distribuição da renda e de vários indicadores sociais. [...] A taxa de pobreza

19. A relevância jurídica do tema também pode ser percebida a partir de dois fatores: (i) a transição do modelo de contratação internacional; e, como consequência (ii) a crescente complexidade dos modelos contratuais adotados no comércio internacional contemporâneo.

20. O comércio internacional foi construído sob o prisma dos contratos simples.²⁸ Tal construção se fundamentou na economia no período da revolução industrial, baseada, principalmente, na venda direta de manufaturas.²⁹ Por isso, o contrato simples se tornou o grande paradigma da construção do direito dos contratos internacionais.³⁰ Prova disso é que a principal convenção de direito uniforme em matéria comercial tem como objeto, justamente, a compra e venda internacional de mercadorias³¹ – o principal dos contratos ditos simples.

21. O cenário estatístico justifica, de certa forma, essa construção. Segundo a UNCTAD, o comércio de mercadorias atingiu USD 6.1 trilhão em valor de troca no primeiro quarto de 2022, enquanto o comércio de serviços somou apenas USD 1.6 trilhão no mesmo período.³²

*flutuava em torno de 41% até 1995, quando caiu para 35% graças à queda da taxa de inflação propiciada pelo Plano Real. A taxa de pobreza permaneceu neste nível até 2003, quando passou a cair de forma contínua até atingir 21,4% em 2009. A evolução da taxa de extrema pobreza é semelhante.” FERREIRA, Pedro Cavalcanti; Veloso, Fernando. “O Desenvolvimento Brasileiro no Pós-Guerra”. In: VELOSO, Fernando *et al.* (org.). *Desenvolvimento Econômico - Uma Perspectiva Brasileira*. São Paulo: Atlas, 2021.*

²⁸ “A truly discrete exchange transaction would be entirely separate not only from all other present relations but from all past and future relations as well. In short, it could occur, if at all, only between total strangers, brought together by chance (not by any common social structure, since that link constitutes at least the rudiments of a relation outside the transaction).” MACNEIL, Ian. “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law”. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6, p. 856, 1977-1978.

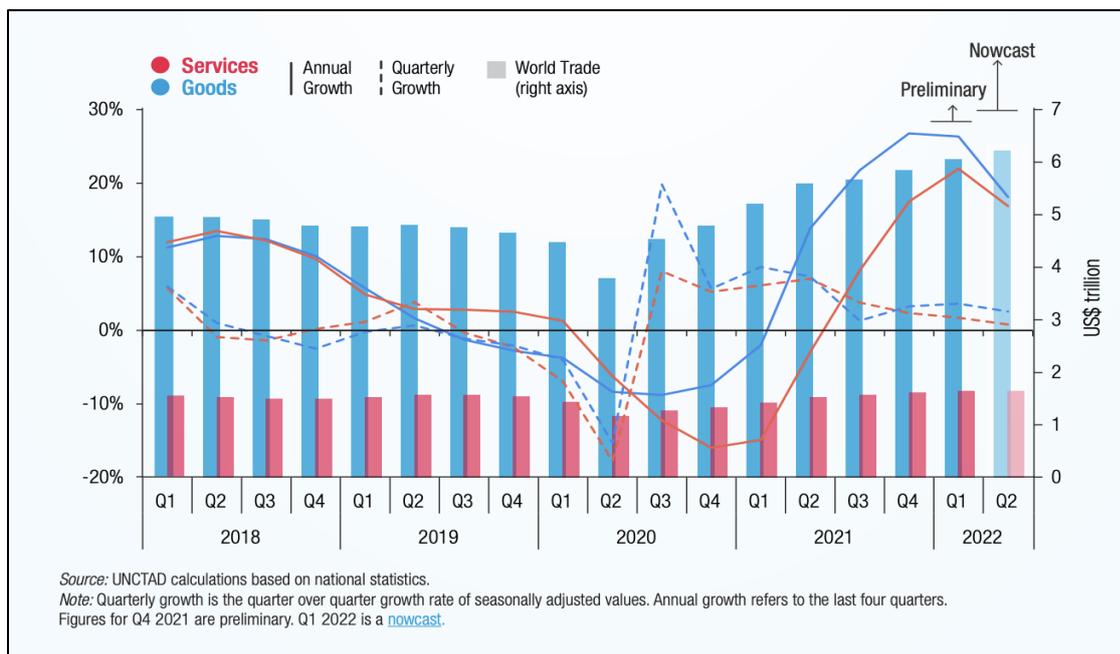
²⁹ “In this framework, the industrious revolution, for which evidence can be found from the mid-seventeenth century into the early nineteenth, consisted of two transformations: the reduction of leisure time as the marginal utility of money income rose, and the reallocation of labor from goods and services for direct consumption to marketed goods - that is, a new strategy for the maximization of household utility.” DE VRIES, Jan. “The Industrial Revolution and the Industrious Revolution”. *The Journal of Economic History*, v. 54, n. 2, p. 257, jun. 1994.

³⁰ “For a large variety of reasons, most of them historical, the majority of legal systems are oriented, as far as contract regulation is concerned, towards the classical discrete transaction model.” VELLOSO, Adolfo Alvarado *et al.* *The Complex Long-Term Contract*. 6th. ed. Heidelberg: C.F. Muller Juristischer Verlag, 1986. p. vii.

³¹ “Dating back to the turn of the 20th century, legal-harmonization initiatives have focused on those areas of commercial law that pertain to transnational commercial transactions.” EFRAT, Asif. “Promoting trade through private law: Explaining international legal harmonization”. *The Review of International Organizations*. V. 11, n. 3, p. 313, 2016.

³² UNCTAD Global Trade Update. Inflation and rising commodity prices drive global trade. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/ditcinf2022d2_en.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

Gráfico 1 – Volumes de comércio internacional de bens e serviços entre 2018 e 2022



22. Esses dados põem em xeque aqueles que defendem a noção de que existiria um processo de transição entre a economia industrial e a de serviços no plano transfronteiriço.³³ Na realidade, o comércio internacional ainda se baseia, em sua grande parte, na compra-e-venda de bens.³⁴

23. Contudo, existe, sim, um processo de transição do modelo estrutural de comércio entre partes localizadas em diferentes Estados. Esse processo não passa, necessariamente, pela conversão da economia global de bens para serviços, mas sim pelo aumento do investimento estrangeiro e a consequente criação de grandes conglomerados transnacionais.

³³ Cf. e.g., TRIPODI, Leandro. *O direito uniforme da venda do século 21: caducidade e renovação da CISG*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁴ Dados da OMC corroboram essa visão. Segundo a instituição, enquanto o comércio de mercadorias atingiu aproximadamente USD 22 trilhões em 2021, o comércio de serviços soma, no total, cerca de USD 5.9 trilhões. Cf.: <https://stats.wto.org/>. Acesso em: 16 abr. 2023. A mesma realidade foi encontrada por Wilhelm Schöllmann em estudo comissionado pelo Parlamento Europeu em 2015 sobre a relevância do comércio internacional de serviços. Naquela ocasião, o autor concluiu que: “Nevertheless, for all the importance of the services sector in overall economic activity, and despite the remarkable growth in services trade, the latter constitutes only around a quarter of total EU trade as recorded by balance of payments statistics. This is also true for other major economies, where the share of trade in services in total trade mostly oscillates between 10% and 25%. For a sector that accounts for a significant share of GDP in almost all countries in the world, and for more than 70% of GDP in the EU and in other advanced economies, this is a rather low proportion.” SCHÖLLMANN, Wilhelm. *Economic Significance of Trade in Services*. 2015. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA\(2015\)549000](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA(2015)549000). Acesso em: 16 abr. 2023.

24. Dados estatísticos demonstram uma tendência de maior influência do capital estrangeiro direto³⁵ no comércio internacional. Segundo a OCDE, o investimento direto estrangeiro atingiu, em 2021, aproximadamente 2% do PIB mundial.³⁶ Hoje, o investimento estrangeiro direto soma um total de USD 1.8 trilhão; em 2005, esse número não passava de USD 800 bilhões – um aumento de mais de 100% em menos de vinte anos.³⁷

25. Atrelado a esse fenômeno, há um novo movimento de organização da economia global em estruturas contratuais complexas, relacionais e usualmente de longa duração.³⁸ Esse novo modelo permite a melhor alocação de ganhos da operação,³⁹ diluindo os riscos inerentes à contratação internacional.⁴⁰ Esse processo passa pela estruturação de cadeias globais,⁴¹ muitas vezes em coordenação vertical ou lateral.⁴²

³⁵ Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”): *Foreign direct investment (FDI) is a category of cross-border investment in which an investor resident in one economy establishes a lasting interest in and a significant degree of influence over an enterprise resident in another economy.* Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/foreign-direct-investment-fdi/indicator-group/english_9a523b18-en. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁶ Cf. OCDE. *FDI in Figures. Global FDI flows surge 88% in 2021, rising above pre-pandemic levels.* Disponível em: <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/FDI-in-Figures-April-2022.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁷ Cf. OCDE. *FDI flows.* Disponível em: <https://data.oecd.org/fdi/fdi-flows.htm>. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁸ “*The last 40 years or so has experienced increased growth in the number of transactions concluded internationally, departing from classical one-shot contracts such as the simple sale of goods contract.*” PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Long-Term Contracts: New Regulation for International Commercial Arbitrations. *Kluwer Arbitration Blog*, 2017. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/26/long-term-contracts-new-regulation-international-commercial-arbitrations/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁹ “*Parties enter into relational contracts because such agreements present an opportunity to exploit certain economies. Each party wants a share of the benefits resulting from these economies and consequently seeks to structure the relationship so as to induce the other party to share the benefits of the exchange. Typically, this is accomplished by specifying the performance standard of each party and then selecting a mechanism to ensure compliance with the agreed-upon standard.*” GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Principles of Relational Contracts. *Virginia Law Review*, v. 67, n. 6, p. 1089-1150, set. 1981. p. 1092.

⁴⁰ Constance Helfat e David Teece realizaram pesquisa empírica para testar a hipótese de que a integração vertical reduz riscos. A conclusão dos autores foi que “[t]he results, both with and without controls, suggest that vertical in at least when executed via vertical mergers, may be associated with a reduction in systematic risk.” HELFAT, Constance; TEECE, David. Vertical Integration and Risk Reduction. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 3, n. 1, p. 47-67, 1987. p. 65.

⁴¹ “*MNEs are nowadays among the most important actors in the global economy. A growing number of companies has been setting up affiliates abroad in order to serve local markets and/or benefit from favourable locations factors (natural resources, low labour costs, specialised knowledge, etc.) in other countries.*” CASTEDIN, Charles *et al.* Multinational enterprises and global value chains: New Insights on the trade-investment nexus, OECD Science, Technology and Industry Working Papers, n. 2018/05, OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/194ddb63-en>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴² Os fatores que determinam a decisão de um agente econômico em optar pela integração vertical ou lateral foram profundamente examinados por Sanford Grossman e Oliver Hart. Os autores concluíram que “[w]hen two parties enter into a relationship in which assets will be used to generate income, the parties can, in principle, contractually specify exactly who will have control over each dimension of each asset in each particular future contingency. We have argued that there is often a low-cost alternative to contracts that allocate all specific

26. Ronald Coase previu esse cenário em *The Nature of the Firm*. No artigo – que contribuiu para o seu Prêmio Nobel –, o autor argumenta que, num mercado com custos de transação, é mais eficiente para o agente econômico integrar a produção de bens e serviços do que contratar com terceiros.⁴³ É exatamente esse o cenário que se observa, hoje, no comércio internacional: um alto movimento de operações de fusões e aquisições em escala global, por um lado, e a criação de cadeias exclusivas de produção e vendas, por outro – ambas baseadas, na essência, em contratos relacionais e de longa duração.⁴⁴

rights of control. In particular, when it is too costly for one party to specify a long list of the particular rights it desires over another party's assets, then it may be optimal for the first party to purchase all rights except those specifically mentioned in the contract. Vertical integration is the purchase of the assets of a supplier (or of a purchaser) for the purpose of acquiring the residual rights of control.” GROSSMAN, Sanford; HART, Oliver. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. *Journal of Political Economy*, v. 94, n. 4, p. 691-719, 1986. p. 716. Um dos fatores da verticalização é o valor cada vez maior da propriedade intelectual. Segundo Sara Biancini e Pamela Bombarda, “*stronger IPR encourage the imports of intermediate goods through vertical integration*”. BIANCINI, Sara; BOMBARDA, Pamela. Intellectual Property Rights, Multinational Firms and Technology Transfers. *Journal of Economic Behavior and Organization*, v. 185, p. 191-210, 2021. p. 205.

⁴³ “*The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of “organising” production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce exchanges, a technique is devised for minimizing these contract costs; but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced. A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one. At this stage, it is important to note the character of the contract into which a factor enters that is employed within a firm. The contract is one whereby the factor, for a certain remuneration (which may be fixed or fluctuating), agrees to obey the directions of an entrepreneur within certain limits. The essence of the contract is that it should only state the limits to the powers of the entrepreneur. Within these limits, he can therefore direct the other factors of production. There are, however, other disadvantages – or costs – of using the price mechanism. It may be desired to make a long-term contract for the supply of some article or service. This may be due to the fact that if one contract is made for a longer period, instead of several shorter ones, then certain costs of making each contract will be avoided. Or, owing to the risk attitude of the people concerned, they may prefer to make a long rather than a short-term contract. Now, owing to the difficulty of forecasting, the longer the period of the contract is for the supply of the commodity or service, the less possible, and indeed, the less desirable it is for the person purchasing to specify what the other contracting party is expected to do. It may well be a matter of indifference to the person supplying the service of commodity which of several courses of action is taken, but not to the purchaser of that service or commodity. But the purchaser will not know which if these several courses he will want the supplier to take. Therefore, the service which is being provided is expressed in general terms, the exact details being left until a later date. All that is stated in the contract is the limits to what the persons supplying the commodity or service is expected to do. The details of what the supplier is expected to do is not stated in the contract but is decided later by the purchaser. When the direction of the resources (within the limits of the contract) becomes dependent on the buyer in this way, that relationship which I term a ‘firm’ may be obtained.”* COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 390-392, 1937.

⁴⁴ Importante notar que ambos esses fatores têm conexão com o aumento da influência do capital estrangeiro no mercado internacional. Neste sentido, cf. ANTRÁS, Pol. Grossman–Hart (1986) Goes Global: Incomplete Contracts, Property Rights, and the International Organization of Production. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 30, n 1, p. 118-175, 2014, onde o autor analisa exemplos de diversas empresas transnacionais que construíram complexas estruturas comerciais por meios distintos: “*When designing their global sourcing*

27. Nesse contexto, as partes celebram avenças complexas, buscam prever todos os cenários possíveis.⁴⁵ Nem sempre, contudo, isso é factível.⁴⁶ Primeiro pois fazê-lo pode ser extremamente custoso.⁴⁷ Segundo, pois as partes podem não ter capacidade de prever cada fato que pode vir a afetar o contrato.⁴⁸ Terceiro pois uma das partes pode simplesmente decidir utilizar a ambiguidade contratual de forma estratégica,⁴⁹ buscando alguma extrair vantagem (racional ou não) de sua posição na relação contratual.⁵⁰

strategies, one of the key organizational decisions faced by firms concerns the extent of control they want to exert over their foreign production processes. Ownership of foreign assets is one of the key methods to enhance such control as exemplified by Intel's decision in 1997 to offshore a significant part of its worldwide production of microprocessors to a \$300-million wholly-owned manufacturing plant in Costa Rica. Other firms, such as Nike or Apple, also rely heavily on offshore manufacturing, but choose to subcontract production to non-affiliated producers around the world, while keeping within firm boundaries only the design and marketing stages of production."

⁴⁵ “É na fase das negociações preliminares, pelas razões que adiante se apresentarão, que se estabelece entre as partes, sobretudo quando são elas oriundas de diferentes tradições jurídicas, uma divergência de interesses capaz de resultar em cláusulas que demandam um excesso de carga cognitiva para sua compreensão. Embora a complexidade não seja exclusiva dos contratos internacionais, é possível observar que neles – em razão precisamente de seu caráter multiconectado – há uma probabilidade aumentada de manifestação da complexidade, já na etapa das negociações preliminares.” JÚNIOR, Ely Caetano Xavier; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; VOLPON, Fernanda Torres. Contratos Internacionais Complexos em uma Perspectiva Comparada e a Responsabilidade Civil Pré-Contratual. In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão: Direito Internacional e Direito Comparado*. Belo Horizonte: Arraes, 2019. v. 16. p. 57.

⁴⁶ “Even the simplest of economic transactions can be so complex that it is practically impossible to list the entire range of out-comes and contingencies that might affect contractual performance.” AL-NAJJAR, Nabil. Incomplete Contracts and the Governance of Complex Relationships. *The American Economic Review*, v. 85, n. 2, p. 432, May 1995.

⁴⁷ “Transaction costs of *ex ante* and *ex post* types are usefully distinguished. The first are the costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement. This can be done with a great deal of care, in which case a complex document is drafted in which numerous contingencies are recognized, and appropriate adaptations by the parties are stipulated and agreed to in advance. Or the document can be very incomplete, the gaps to be filled in by the parties as the contingencies arise. Rather, therefore, than contemplate all conceivable bridge crossings in advance, which is a very ambitious undertaking, only actual bridge-crossing choices are addressed as events unfold” WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. Nova York: Free Press, 1985. p. 20. Nesta mesma linha, Cf. SCHWARTZ, Alan. “Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies”. *The Journal of Legal Studies*, v. 21, n. 2, p. 273, 1992, onde se lê: “Certain contracts are incomplete not because the parties overlooked or failed to understand the issue that came to divide them but because they are unwilling to bear the strategic-behavior risk that a complete contract would create.”

⁴⁸ “If parties have trouble foreseeing the possible physical contingencies, they can write contracts that *ex ante* specify only the possible payoff contingencies. (After all, it is only payoffs that ultimately matter.) Then, later on, when the state of the world is realized, they can fill in the physical details. The only serious complication is incentive-compatibility: Will it be in each agent's interest to specify these details truthfully? But the techniques of the implementation literature can be used to ensure that truthful specification occurs in equilibrium” MASKIN, Eric; TIROLE, Jean. Unforeseen Contingencies and Incomplete Contracts. *The Review of Economic Studies*, v. 66, n. 1, p. 83-114, 1999. p. 84.

⁴⁹ “[I]f some aspects of performance are noncontractible, then it may be optimal to leave other verifiable aspect of performance unspecified. In other words, if contracts must be somewhat incomplete (due to transaction costs or limits on verifiability) then it is often optimal for parties to write contracts that are even more incomplete.” BERNHEIM, Douglas; WHINSTON, Michael. Incomplete Contracts and Strategic Ambiguity. *The American Economic Review*, v. 88, n. 4, p. 902-932, 1998. p. 903.

⁵⁰ Essa noção de *strategic ambiguity* anda de mãos dadas com a ideia de *bounded rationality*, construída por Herbert Simon, que afirma que a tomada de decisão tende, na maioria das vezes, ao resultado mais satisfatório

28. Os contratos comerciais internacionais complexos são, hoje, a mudança de paradigma do comércio internacional.⁵¹ E o sistema jurídico atual não é adequado para essa nova realidade.

29. O direito dos contratos do comércio internacional vem se tornando um campo de estudos cada vez mais multidisciplinar:⁵² compreendê-lo na sua plenitude significa familiarizar-se com aspectos jurídicos domésticos (tanto de direito material, quanto de direito conflitual) e transnacionais (incluindo as fontes de direito estatais e não-estatais), sem olvidar, é claro, dos elementos extrajurídicos (particularmente, a economia destes negócios internacionais) – fatores fundamentais para sua composição teórica e prática.⁵³ No entanto, os métodos clássicos do direito internacional privado não são capazes de captar essa realidade, causando mais insegurança e ineficiência do que resolvendo-as.

para o decisor (do que aquele mais eficiente para todas as partes envolvidas). Segundo Simon: “*In these situations, optimization becomes approximate optimization – the description of the real-world situation is radically simplified until reduced to a degree of complication that the decision maker can handle. Satisficing approaches seek this simplification in a somewhat different direction, retaining more of the detail of the real-world situation but settling for a satisfactory, rather than an approximate-best, decision.*” SIMON, Herbert. Theories of Bounded Rationality. CIP Working Paper n. 66, p. 14, 1964. Trata-se, portanto, de uma abordagem que toma a satisfação psicológica do agente com o resultado como parte do processo de decisão: “*Theories of bounded rationality are more ambitious, in trying to capture the actual process of decision as well as the substance of the final decision itself. A veridical theory of this kind can only be erected on the basis of empirical knowledge of the capabilities and limitations of the human mind; that is to say, on the basis of psychological research.*” SIMON, Herbert. Bounded Rationality. In: EATWELL, John et al. *Utility and Probability*. Londres: MacMillan, 1990. p. 17.

⁵¹ “*Desse modo, os instrumentos contratuais relacionados a contextos de atividades econômicas relacionais tenderão a incorporar cláusulas e meios de gestão mais sofisticados do que os de relações cuja efetivação é bem mais simples.*” COSTA, José Augusto Fontoura. A complexidade do direito do comércio internacional e algumas reflexões sobre o sentido de 'contrato'. In: COELHO, Fabio Ulhoa et al. (coord.). *A evolução do direito no século XXI: seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica) – Homenagem ao Professor Arnoldo Wald*. São Paulo: IASP, 2022. v. 3. p. 920.

⁵² “*Essa complexidade para a requerer abordagem multidisciplinar, voltada, predominantemente, para a compreensão e solução das questões que a dinâmica do comércio internacional está a colocar.*” GREBLER, Eduardo. O Direito e o Comércio Internacional. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 138.

⁵³ “*With the process of industrialization, society develops a capacity for self-destruction, giving rise to the concept of reflexivity. That is, society may be subject to the destructive effects of its own development. Problems at a global level require preventive tools, with the participation of various involved states, which require techniques that develop as quickly as the human capacity to self-destruct. In this process, while science clarifies causal relationships, excessive specialization paradoxically hinders the common person's access to such explanations. With technological advances, only the specialists in each field can perceive causal relationships. With the increase in amounts of information produced and with specialization itself, occurring in almost every sector, specialists also lose the ability to determine the causes of crises, blinded by the limits inherent in greater specialization. As a result, understanding multidisciplinary causes and effects now requires joint interpretation by specialists from different systems. Science is the only process capable of establishing causal relationships and mechanisms for predicting and preventing crises, at least with regard to environmental or health crises.*” VARELLA, Marcelo Dias. *Internationalization of Law: Globalization, International Law and Complexity*. Brasília: Springer, 2013. p. 27.

30. É por isso que, nesse contexto, torna-se mister buscar uma nova abordagem que compreenda como as diversas fontes legais interagem entre si na interpretação e integração dos contratos comerciais internacionais. Torna-se mister, também, levar em consideração como esse método afeta, na prática, o comércio internacional – tanto da perspectiva jurídica, quanto da perspectiva socioeconômica. Esse é o objeto da tese que se passa a construir.

1.3. METODOLOGIA, CONCEITOS E LIMITES

31. Antes de passar à construção do método objeto dessa obra, deve-se estabelecer a metodologia de pesquisa adotada,⁵⁴ bem como delimitar o escopo e estipular os limites desse método. Esses elementos são essenciais para que o leitor compreenda o campo de aplicação da metodologia proposta e suas limitações teóricas e práticas.

32. Busca-se, aqui, examinar as fontes do direito dos contratos comerciais internacionais (tanto domésticas quanto internacionais, e tanto estatais como não-estatais), bem como a doutrina e a jurisprudência internacional, em busca de elementos que permitam a construção de um método hermenêutico para os contratos do comércio internacional. O objetivo consiste em propor uma metodologia fundada nas normas hoje existentes, e que dê ao intérprete elementos para resolver eventuais problemas atinentes à interpretação e integração desses instrumentos.

33. As ideias iniciais dessa tese nasceram da pesquisa feita para a dissertação elaborada durante o programa para a obtenção do título de Master of Laws (LL.M.) na *New York University School of Law* (“NYU”), no ano de 2012. De lá pra cá, além da pesquisa realizada durante o Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conduziu-se períodos de pesquisa na *Hague Academy on International Law* e no UNIDROIT, onde buscou-se, principalmente, acesso à doutrina e jurisprudência internacional sobre os contratos do comércio internacional.

⁵⁴ Seguiremos, aqui, as lições de Umberto Eco: “A political thesis in particular risks superficiality for two reasons. First, unlike a historical or philological thesis that requires traditional methods of investigation, a thesis on a specific current social phenomenon often requires the student to invent his methodology. (For this reason, the process of writing a historical thesis may seem serene compared to that of a good political thesis.) [...] We can avoid this risk in various ways, including consulting “serious” works on similar topics, following the practices of an experienced group of activists, mastering proven methods of gathering and analyzing data, realizing that surveys are long and expensive and cannot be conducted in just a few weeks, etc.” ECO, Umberto. *How to Write a Thesis*. Londres: MIT Press, 2015. p. 34-35.

34. Na construção do método objeto desta tese, utilizar-se-ão conceitos da teoria do direito, do direito internacional (público e privado), direito comparado, direito do comércio internacional e do direito dos contratos, bem como de outros ramos das ciências sociais, como economia e filosofia. Cabe observar que não se pretende redefinir conceitos consolidados, mas partir dessas definições para o soerguimento do método hermenêutico objeto desta tese.

35. No que tange ao esforço comparativo, optou-se pelo exame dos ordenamentos jurídicos fundamentais das duas principais culturas jurídicas existentes (direito civil e *common law*), bem como do Direito brasileiro, por conta da familiaridade com esse sistema. Já no que tange às fontes internacionais dos contratos do comércio internacional, preferência será dada ao exame da CISG e dos Princípios do UNIDROIT, por conta de sua aderência e caráter internacional. Eventual referência poderá ser feita, também, a instrumentos regionais de direito estatal e/ou não-estatal, como os *Principles of European Contract Law* (“PECL”) e o *Draft Common Frame of Reference* (“DCFR”), por exemplo.

36. O objetivo é construir um método hermenêutico aplicável aos contratos com ou sem cláusula de escolha de lei aplicável, e cuja jurisdição seja sujeito ao árbitro ou ao juiz estatal. A uniformização da metodologia para todos os contratos do comércio internacional é essencial para a promoção da segurança e da eficiência, evitando aplicar regimes distintos a um mesmo bem juridicamente tutelado.

37. Ademais, adota-se, aqui, uma ótica instrumental, utilitarista e pragmática. A primeira está relacionada ao fato de a tese admitir um caráter instrumental ao objeto de estudo – os contratos são tratados como instrumentos do comércio internacional. A perspectiva utilitarista se deve à preocupação com ao interesse das partes, que é um elemento fundamental para o fomento das transações comerciais. Já o caráter pragmático se verifica na compreensão das realidades do comércio internacional para as conclusões aqui atingidas – afastando uma das muitas críticas feitas à doutrina autonomista, por exemplo.⁵⁵

⁵⁵ Examinando a decisão da *House of Lords* em *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.*, F.A. Mann afirma que “[t]he theory of the ‘international commercial court’ leads to that aspect of the decision of the House of Lords which has great significance far beyond the confines of the United Kingdom or, indeed, the British Commonwealth of Nations. It lies in the definite and unanimous rejection of the idea of an ‘internationalised’ (or delocalised or floating) contract.” MANN, Francis A. “England Rejects ‘Delocalised’ Contracts and Arbitration”. *The International and Comparative Law Quarterly*. V. 33, n. 1, p. 196, 1984. Nesta mesma linha: “No entanto, é questionável a hipótese de que se trataria, no caso do *ius gentium* e da *law*

38. Vale salientar, ainda, que as ideias aqui expostas são erguidas sob uma mesma metodologia: primeiro, apresentar-se-á o racional teórico que as fundamentam, para, depois, aplicá-las à prática, seja pela análise de dados socioeconômicos concretos, seja pelo exame da jurisprudência internacional que aplica, na prática, o método ora descrito, ou seja, ainda, pelo uso de exemplos hipotéticos que auxiliem na ilustração do método hermenêutico proposto.

39. Essa preocupação prática se reflete, também, na estrutura do trabalho. Ultrapassada essa (não tão breve) introdução, passa-se ao exame da necessidade de construção de uma nova metodologia hermenêutica para o direito dos contratos comerciais internacionais. Essa seção tem como enfoque a exposição do problema do *border effect*, sua repercussão no direito internacional privado contemporâneo e as tentativas de solução propostas na doutrina internacionalista (expondo, no caminho, as críticas feitas à essas outras teorias).

40. A segunda parte da obra examina a metodologia. A tese definirá o campo de adoção da hermenêutica proposta, estabelecendo o conceito de contrato comercial internacional. Depois, a tese avança ao exame do método em si, focando no estudo das fontes de direito aplicáveis aos contratos comerciais internacionais e nos princípios que regem a interação dessas normas, bem como nos limites encontrados na normativa internacional.

41. Na sua terceira parte, a tese passa a examinar como essa nova metodologia garante maior segurança jurídica e eficiência econômica não só às partes contratantes, mas aos *players* do comércio internacional como um todo. Por fim, a tese apresentará os passos que o operador do direito deve tomar para aplicar, na prática, a metodologia proposta. A ideia é que esta última parte sirva de guia para a interpretação e integração dos contratos comerciais internacionais.

42. Para atingir esses objetivos, é necessário, entretanto, definir alguns conceitos e limites elementares, cuja compreensão é necessária para a leitura da tese. Em primeiro lugar, é essencial delimitar os seus elementos centrais. A metodologia a ser construída parte do conceito clássico de hermenêutica como o estudo do sistema de regras de interação entre normas.⁵⁶

merchant ante o direito estatal, de ordenamentos jurídicos autônomos.” SCHILF, Sven. *Os Princípios do UNIDROIT e o Conceito de Direito e a Arbitragem Internacional*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 114.

⁵⁶ “A interpretação da lei, conforme ensinamento de Fiore, é a operação que tem por fim ‘fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador’. Assim, como bem assinala Carlos Maximiliano, ela não se confunde com a hermenêutica, parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira.” FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

Partimos, aqui, da conceituação já há muito posta por Carlos Maximiliano, que vê a hermenêutica como o método de aplicação da norma jurídica.⁵⁷

43. Assumiremos, aqui, a noção de integração como, justamente, o encaixe do contrato aos elementos normativos a ele aplicáveis, preenchendo a vontade das partes ou limitando-a.⁵⁸ Já no que tange à noção de interpretação, partiremos da ideia de que interpretar um contrato significa desvendar o seu sentido, não apenas pela persecução pela vontade das partes, mas sim pela interpretação do conteúdo da avença dentro do seu sentido jurídico.⁵⁹

44. Importante abrir um parêntese, aqui, para se esclarecer o que se quer dizer com construir o sentido jurídico da avença. Toda interpretação é um esforço para compreender.⁶⁰ O propósito da interpretação, segundo Umberto Eco, é buscar o “*inconsciente do texto*”.⁶¹ Isso é o elemento central da distinção entre “*interpretação*” e “*uso do texto*”; é na *intentio operis* que o intérprete encontra o sentido conjectural da obra.

45. É possível transpor essas lições para o Direito. Pasquale Fiore afirmava que a hermenêutica busca fixar uma regra jurídica a partir da percepção da relação jurídica e do conteúdo da norma.⁶² Logo, o operador do direito não se deve buscar a leitura simples do contrato, mas sim seu sentido legal, incluindo no seu esforço hermenêutico não só a compreensão dos dispositivos contratuais, mas também de como as demais normas a aplicáveis

⁵⁷ “Para aplicar bem uma norma jurídica, é insuficiente o esforço adstrito ao propósito de lhe conhecer o sentido objetivo, a significação verdadeira. A casos em que esta se adota com a maior amplitude; outros em que se exigem restrições cautelosas. A Hermenêutica oferece os meios de resolver, na prática, as dificuldades todas, embora dentro da relatividade das soluções humanas; guia o executor para descobrir e determinar também o alcance, a extensão de um preceito legal, ou dos termos de ato de última vontade, ou de simples contrato.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 15.

⁵⁸ “A regra jurídica cogente e a regra jurídica dispositiva apanham o conteúdo, ou para dar-lhes limites, ou para enchê-lo.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 164.

⁵⁹ “Interpretar ato jurídico é revelar quais os elementos do suporte fático que entrou no mundo jurídico e quais os efeitos que, em virtude disso, produz. Não se interpreta somente os elementos volitivos, que nele há – interpretam-se os outros elementos e os enunciados de fato, que acaso possam servir à classificação do ato jurídico e à determinação dos seus efeitos ou do tempo em que esses efeitos se produzem ou acabam.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 411.

⁶⁰ “O processo interpretativo, em geral, responde ao problema epistemológico do entender. A interpretação é a ação cujo êxito ou evento útil é o entendimento.” MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

⁶¹ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. 16.

⁶² “La interpretación de la ley se encamina generalmente a fijar la regla de una relación jurídica determinada mediante la percepción clara y exacta de la norma establecida por el legislador.” FIORE, Pasquale. *De la Irretroactividad y Interpretación de las Leyes: Estudio Crítico y de Legislación Comparada*. Madrid: Revista General de Legislación, 1900, p. 514.

à avença complementam o contrato,⁶³ e como essa interpretação afeta a relação das partes – sob pena de tornar-se mero usuário da avença, e de sua interpretação se tornar estática.⁶⁴

46. O comércio internacional contemporâneo exige do intérprete dinamismo no seu esforço hermenêutico. Fundada em contratos complexos e incompletos, e sujeita à fontes diversas, a realidade atual do comércio internacional demanda do operador do direito não só compreender o que está disposto na avença, mas também as implicações (jurídicas, econômicas e sociais) daquela avença para a relação comercial havida entre as partes e para o comércio internacional como um todo.

47. Por esses motivos é que se diz que a integração e a interpretação são partes integrantes do processo hermenêutico do contrato. Essa relação siombiótica prevê, contudo, uma ordenação: a visão da doutrina mais moderna, a integração do contrato ao sistema normativo é momento anterior à interpretação⁶⁵ – fato bastante relevante no mundo dos contratos comerciais internacionais, regidos por fontes diversas, de origens distintas e força normativa variável.

48. Na nossa visão, é necessário, portanto, primeiro integrar o contrato às normas que as regem, para, depois, buscar, através da interpretação, seu real conteúdo legal (não apenas uma leitura literal dos dispositivos que as partes inseriram no contrato, mas sim uma compreensão

⁶³ “A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 25.

⁶⁴ “O esforço que se exige do intérprete moderno da lei é, em conclusão, o de enfrentar a difundida concepção atomista dos vários “meios” e “resultados” da interpretação, de libertar-se da adoração de fetiches consagrados em brocados tradicionais e do domínio de preconceitos, como o dogma da ‘vontade’ legislativa. A exigência mais urgente que se impõe a ele é a de superar o duradouro comportamento intelectualista, que tende a reduzir o objeto da interpretação à letra da lei e reduz seu ofício àquele de uma operação lógica formal, tornando-se muitas vezes opaca, não permeável às necessidades de uma apreciação intrínseca, adversa à dinâmica do direito.” BETTI, Emilio. *Intepretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 226.

⁶⁵ “Nesse panorama, o primeiro conceito a se firmar é o de ‘integração’. Comece-se por dizer que o aplicador nada integra. O que se integra ao conteúdo de um contrato, em sua formação e execução, são os elementos decorrentes da lei cogente ou supletiva, dos costumes (‘usos-regras’) e da boa-fé objetiva, que se somam ao conteúdo construído pelas partes [...]. Noutras palavras, ela consiste na composição do conteúdo contratual com disciplina heterônoma, com regras que derivam de fontes jurídicas que não a autonomia privada, mas aderentes ao exprimido pelos contratantes e, portanto, compatíveis com sua intenção comum. O que o aplicador faz diante do que foi integrado é interpretar o conteúdo do contrato, que se compõe desse complexo de elementos informados pela autonomia privada e pela heteronomia. Em sendo a integração fenômeno anterior a qualquer interpretação, de composição do próprio conteúdo do contratual in concreto, ela plasma ‘não um procedimento de preenchimento de lacunas’, como observa, com razão, Francisco Paulo de Crescenzo Marino, ‘mas sim um problema de fontes do regramento negocial, uma regulamentação complementar dos efeitos do negócio jurídico.’” NITSCHKE, Guilherme. *Lacunas Contratuais e Interpretação: História, Conceito e Método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 375-376.

sistemática, teleológica e contextual do programa contratual). Esse processo hermenêutico serve de ponto de partida de todas as conclusões que serão atingidas ao fim dessa tese.

49. Por fim, importante afirmar que o foco da obra é o contrato comercial internacional, instrumento que será definido ao longo da obra. Afastam-se do seu escopo, portanto, outros contratos transfronteiriços, como os de consumo⁶⁶ ou aqueles envolvendo entes estatais,⁶⁷ por exemplo. Essas avenças, conquanto relevantes, têm natureza distinta, seja por envolver partes hipossuficientes, seja por se relacionar ao direito internacional público. Logo, não se adequam ao objetivo da metodologia ora proposta.

⁶⁶ “*The significance of distinguishing not only in commerce but also in finance between professional dealings and dealings with consumers or other non-professional parties in this manner, is in modern times further highlighted by the fact that professional contracts lend themselves increasingly to support by international legal principles and practices leading to the application of transnational law, often also referred to as the modern law merchant or Lex Mercatoria. This is a natural consequence of the globalisation of the market place and the cross-border nature of much international commercial and financial business, which is normally conducted through professionals and is losing its typical domestic connections, also in law.*” DALHUISEN, JAN. “Domestic Contract Laws, Uniform International Contract Law and International Contract Law Principles: Internal Sales and Contractual Agency”. *European Business Law Review*, v. 11, n. 4, p. 201, 2000.

⁶⁷ “*Tenons-nous-en à une figure ‘simple’, celle du contrat entre un Etat et une société privée étrangère ; elle suffira ‘largement’ à alimenter nos réflexions. Figure ‘simple’ ... c’est, bien sûr, une façon de parler ! En réalité, le phénomène est complexe, on s’en doute, et il y a, non pas un type, un genre de ‘contrats conclus par un Etat’, mais une pluralité*”. LALIVE, Pierre. *Refléxions sur l’Etat et ses Contrats Internationaux*. Genebra: Institut Univesitaire de Hautes Etudes Internationales, 1976. p. 6.

2. NECESSIDADE DE UMA NOVA METODOLOGIA HERMENÊUTICA PARA OS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

50. Esse capítulo tem por examinar a necessidade de uma nova metodologia hermenêutica para os contratos internacionais. Para atingir esse fim, apresentar-se-á (1) os efeitos do *border effect* no comércio internacional. Depois, analisar-se-á, (2) como o direito internacional privado contribui para a sua proliferação; e (3) como tentativas anteriores de formulação de uma nova hermenêutica contratual internacional não atingiram o objetivo de eliminar o *border effect*.

2.1. O *BORDER EFFECT* E O COMÉRCIO INTERNACIONAL

51. O comércio internacional se depara com diversas barreiras para seu desenvolvimento,⁶⁸ tanto de ordem econômica quanto cultural.⁶⁹ Dentre essas barreiras, contudo, uma chama atenção: a pluralidade de ordens jurídicas.⁷⁰ Esse fenômeno está

⁶⁸ “Some examples of these are the transaction costs that are imposed by differences in the choice of national currencies, information and implementation costs that are created by differences in national product standards and other standards such as environmental standards, food safety standards, and the whole range of institutional and standard choices. There are also contract enforcement problems associated with differences in legal institutions, which are a particularly severe barrier in the case of international capital flows. The basic point is that such discontinuities and the transactions costs that they create at the border are really a fundamental barrier to full globalization and price convergence, and that in many areas these are much more important than the traditional tariffs and nontariff barriers per se.” RODRIK, Dani. “Globalization and Growth – Looking in the Wrong Places”. *Journal of Policy Modeling*, v. 26, n. 4, p. 514, 2004.

⁶⁹ “Most international trade policy leads to border costs that involve rents. With tariffs the rent accrues to the government, and is rebated to the general public through tax and spending policy. Export and import quotas also involve rents, accruing to the license holders. A host of more devious nontariff barriers (discriminatory use of standards and the like) also lead to rents for private beneficiaries. Most border barriers (see below for evidence) result from factors unrelated to trade policy, and do not generate rents. Differences in languages, cultures, customs, and regulations all impose barriers to trade that are specific to borders. Some of these barriers, such as differences in regulations and product standards, may be relatively easy to harmonize. Others, such as language and cultural differences, may be much more difficult to remove. Some barriers may only be removed after extreme measures, such as complete political integration. A full analysis would consider that some border barriers of this type confer national benefits that are missing from our analytic focus on the cost side.” ANDERSON, James; WINCOOP, Eric van; ENGEL, Charles; FREUND, Caroline. *Borders, Trade, and Welfare. Brookings Trade Forum*, p. 207-24, 2001. p. 209.

⁷⁰ “Most international trade policy leads to border costs that involve rents. With tariffs the rent accrues to the government, and is rebated to the general public through tax and spending policy. Export and import quotas also involve rents, accruing to the license holders. A host of more devious nontariff barriers (discriminatory use of standards and the like) also lead to rents for private beneficiaries. Most border barriers (see below for evidence) result from factors unrelated to trade policy, and do not generate rents. Differences in languages, cultures, customs, and regulations all impose barriers to trade that are specific to borders. Some of these barriers, such as differences in regulations and product standards, may be relatively easy to harmonize. Others, such as language and cultural differences, may be much more difficult to remove. Some barriers may only be removed after extreme measures, such as complete political integration. A full analysis would consider that some border barriers of this type confer national benefits that are missing from our analytic focus on the cost side.” ANDERSON, James; WINCOOP, Eric van; ENGEL, Charles; FREUND, Caroline. *Borders, Trade, and Welfare. Brookings Trade Forum*, p. 209, 2001.

intrinsecamente relacionado ao *border effect*.⁷¹ Esse efeito é observado em estudos empíricos baseados nos padrões de comércio entre países de cultura jurídica similares.⁷²

52. Os especialistas concluem que um dos principais fatores – senão o principal – para a ocorrência do *border effect* é a pluralidade de ordens jurídicas.⁷³ Segundo Dani Rodrik, as fronteiras nacionais (que delimitam o poder político dos Estados) segmentam mercados e contribuem para o aumento do custo de transação das operações comerciais internacionais.⁷⁴

53. O *border effect* não é um fato inédito; sua ocorrência é observada há tempos.⁷⁵ Mas o entrave causado pelo *border effect* é particularmente cruel no mundo do comércio integrado de

⁷¹ “To fully understand the comparison abovementioned, it is necessary to make clear what the Border Effect is. It is an indicator which quantifies how much trade within a country is higher than that country's average trade with its representative trade partner. It is used as an indicator of integration among a group of trade partners and it has an interpretation in terms of trade costs.” CAFISO, Gianluca. *The Euro's Influence upon Trade: Rose Effect versus Border Effect*. European Central Bank Working Paper Series n. 941, 2008, p. 8.

⁷² O estudo do chamado “*border effect*” iniciou-se em com John McCallum. Cf. McCALLUM, John. “National Borders Matter: Canada-US Regional Trade Patterns”. *The American Economic Review*, v. 85, n. 3, p. 615-623, 1995, onde o autor examina os fatores que afetam a redução de volume de comércio entre partes localizadas nos EUA e no Canadá. McCallum sem apresentar conclusões sobre os motivos para esse fato, o autor afirma que “[w]hatever the reasons may be and whatever the future may hold, the fact that even the relatively innocuous Canada-U.S. border continues to have a decisive effect on continental trade patterns suggests that national borders in general continue to matter.” (p. 622). Neste mesmo sentido, cf. ENGEL, Charles; ROGERS, John. “How Wide is the Border?” *The American Economic Review*, v. 86, n. 5, p. 1112-1125, 1996. A partir daí, a doutrina buscou examinar os motivos por trás do “*border effect*”, explorando, empiricamente, outros mercados de cultura similar, como a União Europeia. Neste sentido, Cf. CHEN, Natalie. “Intra-national versus international trade in the European Union: why do national borders matter?” *Journal of International Economics*, v. 63 n. 1, p. 93-118, 2004; e HELBLE, Matthias. “Border Effect Estimates for France and Germany Combining International Trade and Intranational Transport Flows”. *Review of World Economics*, v. 143, n. 3, p. 433-463, 2007.

⁷³ “International trade in many manufacturing sectors does not occur in organized markets like those of basic commodities. In these sectors, the connection between sellers and buyers is the result of a costly search process. Moreover, the price at which trade occurs rejects the relative bargaining power of buyers and sellers, which is shaped by their outside options. In this context, the change in the legal system associated with crossing the border translates into a shift of bargaining power towards the party that has the opportunity to behave opportunistically (buyers, in our model), by refusing to fulfill the agreed obligations. This reduces cross-border trade because sellers prefer to invest resources to search for domestic partners, rather than for foreign ones.” TURRINI, Alessandro; YPERSELE, Tanguy van. “Legal Costs as Barriers to Trade”. *Center for Economic Policy Research Discussion Paper Series*, Discussion Paper n. 5751, 2006, p. 21-22.

⁷⁴ “While formal barriers to trade and capital flows have been substantially reduced over the last three decades, international markets for goods, services, and capital are not nearly as ‘thick’ as they would be under complete integration. Why so much trade in goods and capital has gone missing is the subject of an active research agenda in international economics. The answers are not yet entirely clear. But at some level there is no mystery. National borders demarcate political and legal jurisdictions. Such demarcations serve to segment markets in much the same way that transport costs or border taxes do. Exchanges that cross national jurisdictions are subject to a wide array of transaction costs introduced by discontinuities in political and legal systems.” RODRIK, Dani. “How Far Will International Economic Integration Go?” *The Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 179, 2000.

⁷⁵ Nesse sentido, cf. o exame dos efeitos do *border effect* durante o período da dinastia Habsburgo, na Europa em SCHULZE, Max; WOLF, Nikolaus. On the Origins of Border Effects: Insights from the Habsburg Customs Union. *Centre for Economic Policy Research Discussion Paper*, n. 6.327, 2007. p. 2-29.

hoje, que invariavelmente une (e, por vezes, contrapõe) *players* do mundo desenvolvido e do mundo em desenvolvimento na dinâmica comercial transfronteiriça.⁷⁶

54. A tendência atual é que as partes oriundas de países desenvolvidos – que, em geral, possuem maior capital e maior poder de barganha – imponham a aplicação das suas leis.⁷⁷ Negociar um contrato sob lei estrangeira envolve altos custos,⁷⁸ que desestimulam o envolvimento das partes oriundas de países em desenvolvimento no comércio internacional.⁷⁹ Logo, o *border effect* cria incertezas sobre os efeitos jurídicos de suas avenças,⁸⁰ aumentando

⁷⁶ “Além disso, a nítida divisão econômica no mundo em países industrializados e não industrializados, em confronto conhecido como Norte-Sul, revela-se não apenas nos embates nas organizações internacionais, como em pretensões de natureza jurídico-políticas para regular relações econômicas internacionais.” MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex Mercatoria – Evolução e Posição Atual*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 4, p. 42-45.

⁷⁷ “Private parties from the developed world have used this premise to their advantage’ by employing standardized form contracts in which the choice of law clause found at the end of the contract stipulates that the law of the exporting country will govern. Such standardized form contracts are convenient because of the time and expense involved in negotiating a new contract with each trading partner. However, since they are not the products of negotiation, and often the result of unequal bargaining power, these contracts do not always reflect the parties’ reasonable expectations. Therefore, parties in developing countries seek to avoid their use and opt instead for negotiated contracts. Developing countries argue that they have no alternative to accepting form contracts with unfavorable choice of law clauses because of their lack of bargaining power. This trading disadvantage is due in part to the admittedly insufficient technological and managerial capacities of developing countries, and in part to the monopolization of world trade by industrialized countries.” VICKERS, Alice. “The Choice of Law Clause in Contracts between Parties of Developing and Developed Nations”. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 11, n 3, p. 618-619, 1981.

⁷⁸ “In practice, the choice of the law that is to govern a contract is dominated by the respective interest of each party to have its own domestic law applied. The parties are familiar with their own law and are convinced that they will save considerable costs in not being required to investigate the intricacies of a foreign law. If they have their own law applied, they do not have to consult external experts, but rather, can rely on their usual, well-acquainted legal advisors. Therefore, in order to save costs to investigate foreign laws and avoid increased legal uncertainty that might arise when applying an external law, the parties to an international contract will strive towards an application of their own law, even if that law is less suitable for the transaction at hand than another law might be.” FOUNTOULAKIS, Christiana. “The Parties’ Choice of ‘Neutral Law’ in International Sales Contracts”. *European Journal of Law Reform*, v. VII, n. 3/4, p. 303-329, 2005.

⁷⁹ Essa realidade afeta, especialmente, as partes oriundas dos chamados *Least Developed Countries* (“LDC”), que acabam por ser excluídos do comércio internacional: “LDCs’ share in world exports of goods and services has hovered around 1 per cent since 2011 and stood at 0.93 per cent in 2021.” Cf. UNCTAD takes the pulse of the SDGs. Disponível em: <https://sdgpulse.unctad.org/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁰ “It is clear that there is implied the broader risk that, in an environment of normative inflation, a general uncertainty about norms and institutions is established and that these do not coordinate because they belong to regimes, again, guided by different rationalities and pursuing different efforts.” NASSER, Salem Hikmat. “Global Law in Pieces: Fragmentation, Regimes and Pluralism”. FGV Direito SP Research Paper Series – Legal Studies Paper n. 105, p. 1-44, 2014.

o custo de transação.⁸¹ Mitigá-lo, portanto, é essencial para a construção de um comércio internacional mais seguro e eficiente para todas as partes que dele participam.⁸²

2.2. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÂNEO E O *BORDER EFFECT*

55. O direito internacional é intrinsecamente ligado à soberania.⁸³ O conceito contemporâneo de soberania remonta à criação dos Estados-nação, marcada, na história, pela Paz de Vestfália.⁸⁴ Desde então, a concepção política e jurídica de soberania se encontra

⁸¹ “A contractual approach to national boundaries suggests that political unification or dissolution may be a necessary accompaniment to changing property rights over resources in a world where transaction costs make contracts across national boundaries more problematic than contracts subsumed under a single nation-state and its legal system.” YARBROUGH, Beth; YARBROUGH, Robert. International Contracting and Territorial Control: The Boundary Question. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 150, n. 1, p. 239-278, 1994. p. 248. Nesta mesma linha, cf. PARISI, Francesco; O’HARA, Erin. “Conflict of law”. *The New Palgrave Dictionary of Law and Economics*. V. 1. Londres: Springer, 1998, p. 393 e KIRSTEIN, Roland *et al.* “Conflict of law Rules and International Trade: A Transaction Costs Approach”. *CSLE Discussion Paper N. 2004-01*, p. 3. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10419/23042>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸² “An empirical study by Ben Butter and Mosch (2003) finds that the similarity of legal systems may be able to produce roughly between 50 and 80 percent more cross-border trade, using data drawn from 25 OECD countries. Turrini and van Ypersele (2006) conduct an empirical study of the ‘border effect,’ assuming it might result from legal differences. Even within a single country, trade between two regions is higher when subjected to the same court of appeal. The authors also estimate that legal similarity can increase trade among OECD countries up to 65 percent, controlling for transportation costs, common culture, language, and so on. Thus, encouraging laws and legal institutions to converge may actually produce different benefits.” DEFFAINS, Bruno. “The Economics of Legal Harmonization and Legal Convergence”. In: CHANG, Yun-Chien *et al.* (ed.). *Private Law in China and Taiwan: Legal and Economic Analyses*. Nova York: Cambridge University Press, 2016. p. 40-41.

⁸³ “La souveraineté de l’État n’est donc plus na puissance suprême, elle n’est que l’expression de la compétence conférée nettement les communautés subordonnées directement au droit international de celles qui sont enclavées dans un État. [...]” VERDROSS, Alfred. *Le Fondement du Droit International. Recueil des Cours*, Leiden, n. 16, 1927. p. 314.

⁸⁴ “The end of the Thirty Years War brought with it the final end of the medieval Holy Roman Empire. Authority for choosing the religion of the political unit was given to the prince of that unit and not to the Hapsburg Emperor or the Pope. N longer could one pretend there was religious or political unity in Europe. Author ity was dispersed to the various kings and princes, and the basis for the sovereign state was established.” RUSSETT, Bruno; STARR, Harvey. *World Politics: The Menu for Choice*. São Francisco: W. H. Freeman and Company, 1981, p. 47. Neste mesmo sentido, cf., ainda, BLIN, Arnaud. *1648, La Paix de Westphalie ou la Naissance de l’Europe Politique Moderne*. Bruxelas: Editions Complexe, 2006, p. 26; e PHILPOTT, Daniel. *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 2001, p. 75-97. Essa visão é criticada pela doutrina moderna. Neste sentido, Cf. OSIANDER, Andreas. “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth”. *International Organization*, v. 55, n. 2, p. 281, 2001: “Though the word is older, of course, the concept of sovereignty itself was honed and given its present key role (both interpretive and normative) by the great nineteenth-and twentieth-century international lawyers. This happened while technological progress facilitated and intensified the central administration even of large territorial units, giving greater power than ever to central government and thus making each state more of a closed circuit in economic, political, and social terms. The process by which the single society of medieval Europe, with its intertwining of multiple, “heteronomous” political authorities evolved into neatly divided, “sovereign” territorial states was a gradual one.” Neste mesmo sentido, Cf. JESUS, Diego Santos Vieira de. O baile do monstro: o mito da paz de Vestfália na história das relações internacionais modernas. *História*, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 273-287, 2010.

fundamentalmente gravado no próprio conceito de Estado.⁸⁵

56. Um dos aspectos fundamentais da soberania é o poder de determinar a aplicabilidade e o conteúdo da norma jurídica.⁸⁶ Historicamente, o exercício da jurisdição sempre teve um caráter eminentemente territorialista,⁸⁷ fruto da consolidação das fronteiras nacionais na Europa, particularmente no período pós-Revolução Francesa,⁸⁸ e do desenvolvimento do direito positivo entre o fim do século XVIII e início do século XIX.⁸⁹

⁸⁵ Quem talvez tenha expressado melhor a natureza política da soberania foi Oliver Wendel Holmes. Em seu voto no caso *Michigan Trust Co. v. Ferry*, de 1913, Justice Holmes afirmava que “[j]urisdiction is power”. *Michigan Trust Co. v. Ferry*, 228 U.S. 346 (1913), p. 228. Já no que tange os efeitos normativos da jurisdição e sua própria relação intrínseca com o conceito de Estado, necessário aprender com as lições de José Francisco Rezek: “Identificamos o Estado quando seu governo — ao contrário do que sucede com o de tais circunscrições — não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores.” REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137.

⁸⁶ “Posto assignemos os mesmos princípios reguladores às relações privadas, quer estas se dêem entre cidadãos de Estados diferentes, quer do mesmo Estado, mas sujeitos a distintas soberanias de direito privado, a aplicação practica d’esses princípios soffre diversamente as inspirações do poder político.” PEDROZA, Antonio Lopes Guimarães. *Introdução ao Estudo do Direito internacional Privado*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1878, p. 23

⁸⁷ A Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, já afirmou no passado que “[l]aw is a statement of the circumstances in which the public force will be brought to bear upon men through the courts, but the word commonly is confined to such prophecies or threats when addressed to persons living within the power of the courts. A statute will, as a general rule, be construed as intended to be confined in its operation and effect to the territorial limits within the jurisdiction of the lawmaker, and words of universal scope will be construed as meaning only those subject to the legislation.” *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909), p. 213. Entretanto, o direito contemporâneo questiona o caráter puramente territorial da soberania; seja pela realidade dos *long-arm statutes*, como o *Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”) e o *Bribery Act* do Reino Unido, por exemplo; seja por conta das realidades do mundo cada vez mais globalizado, que torna ainda mais comum a aplicação do direito estrangeiro pelas cortes domésticas em casos multijurisdicionais. Como já vislumbrava Philip Jessup: “As one looks at the problem today one comes to the conclusion that this is by no means necessarily so and that in fact the sovereign’s power is neither exclusive nor absolute within its own territory, and that this is true whether one is talking in terms of legal or extralegal power. Nor is its power (jurisdiction) confined to its territory.” JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 41.

⁸⁸ “Only with the French Revolution did territoriality become firmly established as the basic, and initially almost exclusive, principle of jurisdiction. In the revolutionary *Décret* of 3/7.9 1792, it was even ordered that all foreigners imprisoned for crimes committed outside France be released. The revolutionary preference for the territoriality principle drew heavily on French enlightened philosophy. Montesquieu, for instance, stated that “[l]es lois politiques demandent que tout homme soit soumis aux tribunaux criminels et civils du pays où il est, et à l’animadversion du souverain,”³⁵ and that “[u]ne société particulière ne fait point de lois pour une autre société.” RYNGAERT, Cedric. *Jurisdiction in International Law*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 55.

⁸⁹ A primeira forma de consolidação de leis de que se tem notícia é o *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* de 1º de junho de 1794. O trabalho, coordenado por Carl Gottlieb Svarez e Ernst Ferdinand Klein sob as ordens de Frederico II, O Grande – Rei da Prússia –, buscou cobrir diversos ramos do direito, como o direito civil, penal e administrativo. Cf. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Panorama histórico do direito privado*

57. Esses fatores fomentaram a proliferação de múltiplos (e plurais) sistemas jurídicos.⁹⁰ Entretanto, a sociedade já era, naquela época, transfronteiriça.⁹¹ O comércio era igualmente transnacional;⁹² desde o século XVI – muito antes do estabelecimento dos Estados-nação⁹³ – o comércio entre nações dominava a economia política.⁹⁴ Àquela altura, já havia um alto fluxo

alemão e sua importância para o desenvolvimento do direito privado brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, v. 15, n. 2, p. 1-30, 2021. Quase dez anos depois, em 21 de março de 1804, entrou em vigor o *Code Civil* da (ainda) Primeira República Francesa (que, em poucos dias, seria convertida no Primeiro Império Francês, com a concessão, pelo Senado francês, do título de imperador à Napoleão Bonaparte em 18 de maio de 1804). O *Code Napoléon* é o primeiro processo de codificação legal, e, sem dúvida, o mais conhecido e bem-sucedido, em termos de influência no direito comparado. Sobre o histórico e influência do código francês no direito ocidental, cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. “Código Napoleão e sua Influência nos Sistemas Jurídicos Ocidentais”. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 51, p. 1-14, 1990. Boa parte de seu sucesso tem conexão com a hegemonia do Império Francês na Europa, sua expansão colonial e a força dos ideais lá gravados (oriundos, em sua essência, dos valores fundamentais da Revolução Francesa). Para um exame mais detido das razões por trás da hegemonia do Código Napoleão na construção do direito ocidental contemporâneo, Cf. GRIMALDI, Michel. L’Exportation du Code Civil. *Pouvoirs*, v. 107, n 4, p. 80-96, 2003.

⁹⁰ “At a stroke, the national unification of the law was achieved. What the French kings had been unable to do, the revolutionaries achieved. Legal discrimination and diversity made way for a single, relatively consistent and complete legal system. [...]. During the course of the nineteenth and twentieth centuries, the legislature would have increasing difficulty in making good its claims to exclusivity, but right up to the present day, legislation remains the most important source of law in virtually all countries of the civil law tradition.” LESAFFER, Randall. *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*. Nova York: Cambridge University Press, 2009, P. 475-476.

⁹¹ “[T]he expansion of Europe starting in the fifteenth century created an international system long before an international society came into being.” BUZAN, Barry. From International System to International Society: Structural Realism and Regime Theory Meet the English School. *International Organization*, v. 47, n. 3, 1993. p. 331

⁹² “The renaissance of markets and trade in Europe from the tenth through the thirteenth century naturally brings the triple question of what was traded, be what means and who were the traders. We have argued that inherent in the grain economy is a dynamic of frequent scarcity that encouraged exchange of agricultural commodities at least on the local level. In successive centuries, market networks grew to embrace regional and international areas”. HUNT, Edwin e MURRAY, James. *A History of Business in Medieval Europe – 1200-1500*. Nova York: Cambridge University Press, 1999, p. 26. Vale, ainda referenciar um belíssimo trabalho da BBC demonstrando como o comércio internacional impactou diretamente a economia e a cultura do planeta. Disponível em <https://www.bbc.com/future/bespoke/made-on-earth/a-timeline-of-global-trade/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹³ Há quem argumente, inclusive, que a própria função original do governo estatal era de proteger e facilitar o comércio: “One of the central tests used to assess the status of native governance was its capacity to tolerate, protect and facilitate European trade. Native government was legally required, in essence, to be the instrument that enabled Europeans to engage in the commerce that was such an imperative of the European presence there. No attempt was made to separate commerce from governance, as it was understood that the whole purpose of governance was to facilitate the inexhaustible expansion of European commerce.” ANGHIE, Antony. *Civilization and Commerce: The Concept of Governance in Historical Perspective*. *Villanova Law Review*, v. 45, n. 5, 2000. p. 902.

⁹⁴ “[A]s European states began conquering and settling the rest of the world at the turn of the sixteenth century, regular patterns of trade emerged within Europe and between European countries and their colonies. European governments engaged in colonization largely because of their desire to assure access to natural resources and markets in the rest of the world. The economic and political doctrine that informed this period of expansion was mercantilism. Under mercantilism, military power and state wealth were understood as opposite sides of the same coin. As Thomas Hobbes famously proclaimed during this era, “Wealth is power, and power is wealth” (Viner 1948, 15).” MARTIN, Lisa L. Introduction. In: MARTIN, Lisa L. *The Political Economy of International Trade*. Nova York: Oxford University Press, 2015. p. 2.

de bens entre as fronteiras,⁹⁵ se intensificando, principalmente, a partir da Era dos Descobrimentos.⁹⁶

58. Essas duas realidades – por um lado, uma sociedade (e um comércio) internacional; por outro, um sistema jurídico puramente doméstico – logo se confrontaram. Mas não existia, naquele momento, uma doutrina jurídica consistente que oferecesse soluções para este paradoxo.⁹⁷

⁹⁵ “*The importance of international trade for economic historians cannot be reduced to its role in the Industrial Revolution. It is also relevant for understanding the workings and transformations of early modern European economies. Goods that were traded and circulated at the international level occupied a special place. External trade provided European consumers with new goods (sugar, coffee, tea, Asian manufactures, etc.) and producers with new inputs (indigo, cotton, etc.). At the same time, it allowed regional specialization both in agricultural and industrial production by connecting these overseas markets to European regions that furnished non-local supplies such as meat, textiles, grains or wine.*” CHARLES, Löic e DAUDIN, Guillaume. Eighteenth-Century International Trade Statistics: Sources and Methods. *Revue de l’OFCE*. V. 140, n. 4 (2015), p. 9.

⁹⁶ “*Trade is widely held to have been the goal of colonialism. One school of thought, which may be traced from Hobson via Lenin and down to latter-day Marxist thinkers, regarded it as the prime mover of imperialist expansion. Other authors, emphasising the political, military, or idealistic grounds for colonialism, may have argued that trade was the result rather than the cause of colonialism. But they did not dispute the actual existence of an association between the two.*” KLEIMAN, Ephraim. Trade and the Decline of Colonialism. *The Economic Journal*. V. 86, n. 343 (1976), p. 459.

⁹⁷ “*At the end of the 18th century conflicts law was still rather primitive in form. Parties, courts and lawyers tended to muddle through a bulk of learned writings, attempting to find an appropriate solution for their cases at issue. There was hardly any guiding principle or convincing theory to assist private parties involved in an interregional or international dispute. Evidence for this lack is provided by the codifications in the late 18th century and the early 19th century. Neither the Prussian ALR of 1794 nor the French Code Civil of 1804 or the Austrian ABGB of 1811 contained a comprehensive chapter on private international law. Only isolated provisions vaguely indicated the spatial and personal dimension of their contents.*” SIEHR, Kurt. History of Private International Law. In.: BASEDOW, Jürgen et al. *Encyclopedia of Private International Law*. Vol 2. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017, p. 1.394. Os autores franceses e italianos do século XIII, como Pierre de Belleperche, Baldus de Ubaldo e Bartolus de Sassoferrato, precursores no estudo do tema, tinham foco específico no estudo do tratamento do direito romano ao conflito de leis, muito baseado nos critérios de aplicação da lei romana por território, cidadania e natureza. Protagonismo é dado, principalmente, a Bartolo: “*To him, in particular, is ascribed the first and standard statement of the doctrines of the Conflict of Laws. For although his predecessors had thought and written on the subject, and his own work professes to be based throughout on previous authority, his text is the starting point and the cited authority for all subsequent work on the subject for five hundred years.*” Cf. BEALE. *Bartolus on the Conflict of Laws*. Londres: Harvard University Press, 1914, p. 9. Posteriormente, o campo se desenvolveu no resto da Europa a partir do intercâmbio de estudantes alemães, belgas e holandeses, que se matriculavam nas universidades italianas para aprender o direito romano e transplantá-lo para seus próprios países: “*Lá théorie des status formulée par Belleperche, Fabre, Bartole et Balde avait pénétré de bonne heure em Belgique; les universités de France et d’Italie, em effect, complaien, au XIII^e et XIV^e siècles, dans leur population d’étudiants, des Belges qui raporterent dans leur patrie cette annexe du droit romain.*” LAINE, Armand. *Introduction au Droit International Privé*. Tomo I. Paris: Corillon, 1888, p. 396. Ulrich Huber, um dos precursores desse movimento, teve sua obra amplamente difundida nos Estados Unidos. O autor holandês formulou, em seu *Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*, os três principais cânones da doutrina clássica de conflito de leis, baseados, na essência, na primazia da soberania – cânones que seriam, posteriormente, o objeto principal da crítica de Savigny: “*1. The laws of each state have force within the limits of that government and bind all subjects to it, but not beyond. 2. All persons within the limits of a government, whether they live there permanently or temporarily, are deemed to be subjects thereof. 3. Sovereigns will so act by way of comity that rights acquired within the limits of a government retain their force everywhere so far as they do not cause prejudice to the powers or rights of such*

59. Um dos primeiros autores a examinar o direito internacional privado sob a perspectiva da pluralidade de ordens jurídicas foi Joseph Story. Seu *Commentaries on the Conflict of Laws*, de 1834,⁹⁸ é, talvez, a primeira obra a buscar, no exame das posições doutrinárias existentes à época, uma filosofia comum para o direito internacional privado.⁹⁹

60. Ao justificar a necessidade de um posicionamento dogmático sobre o assunto, Story destaca o papel (e relevância) do comércio e dos contratos no plano internacional. Na visão do autor estadunidense, os contratos são um dos principais instrumentos de análise do direito internacional privado.¹⁰⁰

government or of their subjects.” LORENZEN, Ernest G. Huber’s De Conflictu Legum. In.: LORENZEN, Ernest G. *Selected Articles on Conflict of Laws*. New Haven: Yale University Press, 1947, p. 136-137. Outros dois autores tiveram obras bastante difundidas também no novo mundo: o francês Louis Boullenois e suas *Dissertations sur des Questions qui Naissent de lá Contrariété des Loix et des Coutumes*, de 1732, e o estadunidense Samuel Livermore e suas *Dissertations on the Questions which arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations*, de 1828. Ambas as obras dialogam entre si – reza a lenda que Livermore inspirou-se nos ensinamentos do autor francês na elaboração de sua tese como advogado no caso *Saul v. His Creditors*. Depois de seu cliente ser derrotado na disputa, Livermore resolveu elaborar um tratado baseado nas lições da doutrina continental – e amplamente inspirado pelos ensinamentos de Boullenois – para introduzir o pensamento continental europeu no panorama jurídico norte-americano. Neste sentido, Cf. DE NOVA, Rodolfo. The First American Book on Conflict of Laws. *The American Journal of Legal History*. V. 8, n. 2 (Abr. 1964), p. 137, onde se lê: “Livermore was prompted to write his *Dissertations* by the refusal of the Supreme Court of Louisiana, in the conflicts case of *Saul v. His Creditors*, to follow the views and apply the technique of continental scholars, whose authority he had invoked as counsel in that case.” A anedota é reportada, originalmente, em NADELMANN, Kurt Hans. Some Historical Notes on the Doctrinal Sources of American Conflicts Law. In.: Juristische Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz). *Ius et Lex: Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1959, p. 270.

⁹⁸ STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions and Judgments*. Boston; Billiard, Gray and Co., 1834.

⁹⁹ “The subject has never been systematically treated by writers on the common law of England; and, indeed, seems to be of very modern growth in that kingdom; and can hardly, as yet, be deemed to be there cultivated, as a science, built up and defined with entire accuracy and precision of principles. [...]. The civilians of continental Europe have examined the whole subject in all its bearings with a much more comprehensive philosophy, if not with a more enlightened spirit. Their works, however, serve little other purpose than to provoke idle discussions, and with metaphysical subtleties, which perplex, if they do not confound, the inquirer.” *Ibid.*, p. 9-10.

¹⁰⁰ “Indeed, in the present times, without some general rules of right and obligation, recognized by civilized nations to govern their intercourse with each other, the most serious mischiefs and most injurious conflicts would arise. Commerce is now so absolutely universal among all countries; the inhabitants of all have such a free intercourse with each other; contracts, marriages, nuptial settlements, wills, and successions are so common among persons whose domicils (sic) are in different countries having different and even opposite laws on the same subjects; that without some common principles adopted by all nations in this regard there would be an utter confusion of all rights and remedies; and intolerable grievances would grow up to weaken all the domestic relations, as well as to destroy the sanctity of contracts and the security of property.” *Ibid.*, p. 5.

61. A obra de Story ganhou enorme notoriedade, especialmente nos países da *common law*.¹⁰¹ Todavia, seu *Commentaries* é muito mais um estudo de direito comparado do que uma tentativa de construir um método para aquele nascente ramo do Direito.¹⁰²

62. Quem, de fato, construiu o que hoje conhecemos como o método tradicional de direito internacional privado foi Friedrich Carl von Savigny. O jurista alemão dedicou o oitavo volume do seu *System des Heutigen Römischen Rechts*, de 1849,¹⁰³ ao direito internacional privado.¹⁰⁴

63. O autor desconstrói a teoria clássica, baseada na teoria da soberania independente e na noção quase-absoluta da *comitas*, fixada pelos pós-glossadores holandeses (em especial, Ulrich Huber).¹⁰⁵ O pioneiro alemão afirma que a teoria clássica impõe peso indevido à noção de que um Estado não pode pedir o reconhecimento de sua lei fora de seu território. Isto levaria o julgador a utilizar, sempre, o direito doméstico na solução de conflitos, o que, segundo Savigny, levaria, em última instância, ao tratamento desigual entre lei estrangeira e lei doméstica.¹⁰⁶

¹⁰¹ “In the United States and England, Story is revered today as the father of the conflict of laws.” LORENZEN, Ernest. Story's Commentaries on the Conflict of Laws: One Hundred Years after. *Harvard Law Review*. V. 48, n. 1 (1934), p. 38.

¹⁰² “While the writings of Huber, as of other civilian writers on private international law, were known to English and American judges in the eighteenth and early nineteenth centuries, the importance of Story's great work in the formation of legal thinking until but recently can scarcely be overestimated. It was not merely the first treatise on conflicts law worthy of the name to appear in English but also a pioneer comparative survey of both the civilian doctrines and the English and American precedents, projected with a scholarly understanding of the mass of detail that has not since been surpassed, and but rarely equalled in England, the United States, or indeed elsewhere.” YNTEMA, Hessel. The Historic Bases of Private International Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 2, n. 3, 1953. p. 307.

¹⁰³ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Bei Deit und Comp., 1849.

¹⁰⁴ Esse volume foi posteriormente traduzido para o inglês por William Guthrie como um livro independente, intitulado “Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time”.

¹⁰⁵ “The doctrine of comity, as developed in the Netherlands during the last quarter of the Seventeenth Century, for the first time posed in stark simplicity the basic dilemma of conflict of law in modern times to mediate between the pretensions of territorial sovereignty and the needs of international commerce. As Ulrik Huber, the most influential exponent of the doctrine, observed: ‘*Exempla, quibus utemur, ad juris private species maxime quidem partinebunt, sed iudicium de illis unicè juris publici rationibus constat, & exinde definiri debent.*’” YNTEMA, Hessel. The Comity Doctrine. In.: CAEMMERER, Ernst von. *et al.* (ed.). *Vom Deutschen Zum Europäischen Recht: Festschrift für Hans Dölle*. Tübingen: J.C.B Mohr, 1963, p. 65.

¹⁰⁶ “Many have attempted to determine these questions by the principle of independent sovereignty alone, laying down the two following postulates: (1) Every state is entitled to demand that its own laws only shall be recognised within its bounds; (2) No state can require the recognition of its law beyond its bounds (a). I will not only admit the truth of these propositions, but even allow their extension to the utmost conceivable limits; yet I believe that they afford little help in the solution of our problem. To carry out the principle of the independent sovereignty of the state to the utmost possible extent with regard to aliens would lead to their complete exclusion from legal rights. Such a view is not strange to the international law of the Romans (b); and even where it was not enforced by them against foreign countries, a great distinction as to the capacity for rights was always maintained between Romans and foreigners (§ 346). Modern law, on the contrary, has gradually tended towards the recognition of complete legal equality between natives and foreigners (c). But

64. Essa crítica é central para o método conflitual. É a partir dela que Savigny introduz o leitor ao objetivo de seu estudo: determinar os princípios para solucionar o conflito de leis de modo a garantir o tratamento igualitário entre lei estrangeira e lei doméstica.¹⁰⁷ Savigny, então, estabelece o fundamento teórico de seu método: qualificar a relação jurídica e aplicar àquela relação a lei a qual ela deva estar sujeita (seja a lei estrangeira, ou a lei doméstica), por sua própria natureza.¹⁰⁸

65. Segundo ele, esse método permite que os Estados assumam o direito estrangeiro como fonte de seu próprio sistema jurídico,¹⁰⁹ construindo o que o autor alemão denomina de “*ordem jurídica internacional*”.¹¹⁰ Mais à frente, Savigny ainda pondera a possibilidade desta norma de

*this legal equality of persons does not at all determine the question of collision between native and foreign laws. In the first place we must admit, that if the domestic laws give directions for the treatment of cases of conflict, these must be applied absolutely by the judges of our state (d). Nowhere, however, do such laws exist in any degree of completeness; in particular, not in the states where the German common law prevails (e). The strict right of sovereignty might certainly, among other things, go so far as to require all judges of the land to decide the cases that come before them solely according to the national law, regardless of the perhaps different rules of some foreign law with whose territory the case in question may have come in contact. Such a rule, however, is not to be found in the legislation of any known state; and its absence is to be accounted for by the following consideration.” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p. 68-69.*

¹⁰⁷ “The more multifarious and active the intercourse between different nations, the more will men be persuaded that it is not expedient to adhere to such a stringent rule, but rather to substitute for it the opposite principle. This has resulted from that reciprocity in dealing with cases which is so desirable, and the consequent equality in judging between natives and foreigners, which, on the whole, is dictated by the common interest of nations and of individuals. For it is the necessary consequence of this equality, in its full development, not only that in each particular state the foreigner is not postponed to the native (in which equality in the treatment of persons consists), but also that, in cases of conflict of laws, the same legal relations (cases) have to expect the same decision, whether the judgment be pronounced in this state or in that.” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p. 69-70.

¹⁰⁸ “In this way we come to apply to the conflict of territorial laws of independent states substantially the same principles which govern the collision of particular laws in the same state (§ 347); and this co-ordination is preserved throughout the following inquiry. In regard to both kinds of collision, then, the question may be stated thus: To ascertain for every legal relation (case) that law to which, in its proper nature, it belongs or is subject.” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p. 70.

¹⁰⁹ “This equalization, as contrasted with the strict law above mentioned, may be designated a friendly concession among sovereign states; that is, an admission of statutes originally foreign among the sources from which native courts have to seek for their decision as to many cases (legal relations).” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p. 70-71.

¹¹⁰ “The standpoint to which this consideration leads us, is that of an international common law of nations having intercourse with one another; and this view has in the course of time always obtained wider recognition”. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p. 70.

conflito ser estipulada por meio de acordos entre os diversos Estados,¹¹¹ baseando sua hipótese no exemplo da Prússia, que havia celebrado, a época, pelo menos oito tratados com regiões vizinhas baseando-se, justamente, no método de Savigny.¹¹²

66. Savigny propõe, ainda, a existência de determinadas limitações ao seu método conflitual, ou seja, hipóteses em que o foro deverá, sempre, aplicar a lei doméstica.¹¹³ Esses limites são: (i) se a lei estrangeira conflitar com leis imperativas do foro; (ii) leis de um determinado país que não sejam reconhecidas pela ordem pública do foro.¹¹⁴

67. Em suma, o método estipulado por Savigny propõe, primeiro, a qualificação da situação jurídica internacional.¹¹⁵ Depois, aplicando as normas de conflito estipuladas no direito doméstico (ou por tratados internacionais), deve o operador do direito determinar a lei à qual

¹¹¹ *“The principles I have laid down as to the possibility and the advantages of a common system of rules in dealing with conflicts between territorial laws, are very greatly promoted by public treaties between neighbouring states, where cases of collision frequently occur. Such treaties are not only earnestly desired and recommended by jurists, but have long ago actually existed. It would be erroneous to suppose that these, where they exist, positively enact an entirely new law, so that, apart from them, and before their date, precisely the opposite rules may have prevailed. They are rather, in almost every case, to be regarded as the expression of the community of legal feeling above explained, and therefore as attempts to make it more clearly apprehended.”* SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time.* 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p. 72.

¹¹² *“No state in modern times has contracted so many such treaties as Prussia ; and in these treaties the point of view above indicated is unmistakeably predominant.”* SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time.* 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p. 73.

¹¹³ *“But this principle must be limited with respect to many kinds of laws, whose peculiar nature does not admit of so free an application of the community of law obtaining between different states. Where there are such statutes, the judge will have to apply the domestic law more exclusively than that principle allows, and must, on the other hand, leave the foreign law unapplied, even where that principle would justify its application.”* SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time.* 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p. 76.

¹¹⁴ *“Thence arises an important class of exceptions, to determine the limits of which is perhaps the most difficult part of this subject. [...] I will endeavour to reduce such exceptions to two classes: A. Laws of a strictly positive, imperative nature, which are consequently inconsistent with that freedom of application which pays no regard to the limits of particular states. B. Legal institutions of a foreign state, of which the existence is not at all recognised in ours, and which, therefore, have no claim to the protection of our courts.”* SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time.* 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p. 76-77.

¹¹⁵ *“En su opinión, los límites del derecho y los conflictos de las leyes resultan problemas secundarios y subordinados. Lo esencial consiste en determinar las relaciones jurídicas sometidas a cada precepto legal o el precepto legal llamado a regir naturalmente cada relación jurídica.”* BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio S. *Tratado de Derecho Internacional Privado.* Tomo I. Havana: La Universal, 1896, p. 463.

aquela relação pertence (seja a lei doméstica, seja a lei estrangeira), que só não será aplicada se violar normas imperativas ou a ordem pública.¹¹⁶

68. Ao longo dos séculos, o método conflitual foi adotado pela grande maioria das legislações de direito internacional privado.¹¹⁷ Todos esses sistemas, de uma forma ou de outra,¹¹⁸ têm em comum, em sua essência, o método proposto por Savigny.

69. São muitas as críticas feitas à metodologia de Savigny.¹¹⁹ A principal delas, talvez, é a sua inflexibilidade.¹²⁰ Um dos principais críticos do método conflitual, Brainerd Currie – pai do método chamado de *governmental interest analysis*,¹²¹ adotado por algumas cortes dos

¹¹⁶ “La règle de conflit pensée par Savigny, et théorisée par la doctrine postérieure au titre de la ‘méthode savignienne’, a pour particularité d’être définie en considération de la nature du rapport de droit litigieux; elle vise à identifier le ‘centre de gravité’ de ce rapport de droit — son ‘siège’ selon l’expression même de Savigny — de façon à le localiser dans un ordre juridique dont la loi sera déclarée applicable. Il s’agit alors de ‘rattacher’ la situation à cet État avec lequel elle a des liens particulièrement forts.” CLAVEL, Sandrine. *Droit International Privé*. 5ème ed. Paris: Dalloz, 2018. p. 14.

¹¹⁷ “Il revint alors comme on le sait d Savigny de conceptualiser, en opposition avec le statutisme, les bases de la méthode du conflit de lois, qui allait acquérir progressivement une primauté proche de l’exclusivisme pendant l’ensemble du XXe siècle”. MUIR-WATT, Horatia. *Discours sur Les Methodes du Droit International Privé. Recueil des Cours*, Leiden, n. 389, 2017. p. 233.

¹¹⁸ “O método conflitual tradicional, ainda utilizado pelo direito internacional Privado dos países da Europa e da América Latina, com as modificações que a seguir serão comentadas, tem como particularidade a existência de uma regra de DIPr – a regra de conflito, que dá a solução de uma questão de direito contendo um conflito de leis através da designação da lei aplicável pela utilização da norma indireta.” ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 44.

¹¹⁹ “The attacks of critics come from opposite directions. Some accuse conflicts law of treating domestic and foreign substantive private law in the same way. According to these critics, the forum should apply foreign substantive private law only by way of exception. Others complain that conflicts rules dictate the application of the substantive law of this or that state to a set of facts dealing with several states, instead of creating new rules of substantive private law to decide the case. The first group could perhaps be called the ‘forum faction’ and the second group the ‘substantive law’ of ‘substantivists’.” KEGEL, Gerhard. *The Crisis of Conflict of Laws. Recueil des Cours*, Leiden, n. 112, 1964. p. 95. Para um mais profundo debate sobre as críticas postas ao método conflitual, cf. RAMOS, André de Carvalho. *Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 3, n. 5, 2015. p. 440-441.

¹²⁰ “Outra mudança de fundamental importância dos últimos tempos é o paulatino abandono das regras de conexão fixas, inflexíveis, que determinam a lei aplicável, para se adotar o princípio amplo e flexível da lei mais próxima, mais intimamente vinculada com as partes ou com a questão jurídica, que faculta aos tribunais maior poder discricionário na escolha da lei aplicável.” DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 82.

¹²¹ “The underlying theory of Currie’s governmental interest approach is that choice of law problems should be resolved by a consideration of first, the policies behind the laws of the involved states, and second, the interest of each state, in light of those policies, in having its law applied on the particular issue as to which the laws differ.’ The factual contacts that the parties and the transaction have with the various states do not have independent significance, and are relevant only insofar as those contacts give rise to a governmental interest in having a particular rule of substantive law applied on a particular issue. The methodology of interest analysis first directs scrutiny of the content of the differing laws of the forum and of the other state or states whose law is potentially applicable. The content of each state’s law will reflect a policy. The second determination, then, is whether, in light of the policy reflected in that law, the state has an interest in having its law applied on the point in issue.” SEDLER, Robert. *The Governmental Interest Approach to Choice of Law: An Analysis and a Reformulation. UCLA Law Review*, v. 25, n. 2, 1977. p. 183-184.

Estados Unidos¹²² – afirmou em seu clássico *Selected Essays on the Conflict of Laws*, que o método conflitual clássico deixa de considerar os interesses dos Estados.¹²³

70. Em que pese o brilhantismo de Savigny em vislumbrar os interesses da sociedade internacional,¹²⁴ o método por ele formulado é incompatível com as realidades do mundo moderno,¹²⁵ pois não só não mitiga, como potencializa os efeitos do *border effect* e da pluralidade de ordens jurídicas.¹²⁶ Examinando a questão da perspectiva do comércio

¹²² “As I have shown elsewhere, the American state courts have adopted a variety of approaches to choice of law. Fifteen states and the District of Columbia still profess to follow the vested rights approach of the Restatement although several of this group have not faced the question in recent years. An equal number of states have adopted Restatement Second, one doing so in part because its tenets include ‘most of the substance of all the modern theories’. Three states have chosen Professor Leflar’s ‘better law’ approach. Other states have created their own customized approach to choice of law, piecing together snippets of doctrine from several theories. Only two states expressly chose to follow Currie’s governmental interest approach: California and New Jersey. Leflar points out that both states ‘engage in comparisons of the interests of different states, a process that Currie rejected’. It is true that California has rejected Currie’s forum law solution to true conflicts in favor of an adaptation of Baxter’s comparative impairment principle, a development I have criticized as inconsistent with the theories of both scholars. In identifying governmental policies and interests, however, California continues to use Currie’s approach. New Jersey applies Currie’s method more surely in torts cases than in contracts cases, but I continue to count that state as an adherent of Currie’s method. New York has recently announced that it is following ‘interest analysis’, but its reasoning tracks Currie’s method only imperfectly.” KAY, Herma Hill. A Defense of Currie’s Governmental Interest Analysis. *Recueil des Cours, Leiden*, n. 215, 1989. p. 182-183.

¹²³ “[W]here several states have different policies, and also legitimate interests in the application of their policies, a court is in no position to ‘weigh’ the competing interests, or evaluate their relative merits, and choose between them accordingly. This is especially evident when we consider two co-ordinate states, with such decisions being made by the courts of one or the other.” CURRIE, Brainerd. *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham: Duke University Press, 1963, p. 181-182.

¹²⁴ “His ground of decision is that States at this time of day all stand together in a great community of trade and legality. The natural result of this is not a jealous and one-sided advancement of their own territorial sovereignty, but a friendly recognition, resting upon the nature of the subject, and not therefore merely capricious, of the legal systems of other countries in reference to those legal relations which in their nature belong to these other systems.” BAR, Ludwig von. *Theory and Practice of Private International Law*. Edimburgo: William Green & Sons, 1892, p. 55

¹²⁵ “Le rêve fait par Savigny au milieu du XIXe siècle, d’un régime local de fond, pour un rapport de droit privé donné, qui serait invariable quel que soit le souverain qui l’examine au sein de la communauté de droit concerne se dissipe rapidement, dès la seconde moitié du XIXe siècle.” VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal. Localisation et Globalisation en Droit International Privé. Esprit de Savigny, est-tu là? In : ANCEL, Marie-Elodie et al. (org.). *Le Droit à l’Épreuve des Siècles et des Frontières : Mélanges en l’Honneur du Professeur Bertrand Ancel*. Paris/Madrid : LGDJ, 2018, p. 1.560

¹²⁶ “In theory, these issues are addressed by private international law (PIL). However, contrary to its name, PIL does not represent uniform international law. Rather, every state determines its own conflicts of law provisions. [...] Hence, the transacting parties are confronted with a plethora of different conflicts of law rules and substantive norms. They cannot rely on the enforcement by state courts because, in contrast to international arbitration, there is still no global agreement about the recognition and enforcement of national judgments. Whether a foreign law is applied or whether a foreign judgment is actually enforced domestically also depends on how national courts assess the impact on their national ordre public. At least in Europe, these issues have partly been mitigated due to intensive integration efforts. However, in cross-border transactions with trade partners outside of Europe, the ‘constitutional uncertainty’ often causes such costs that the unassisted market becomes unavailable as a form of organizing cross-border transactions” CALLIESS, Graf-Peter e MERTENS, Jens. Transnational Corporations, Global Competition Policy, and the Shortcomings of Private International Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 18, n. 2, 2011. p. 862-863.

internacional, Giesela Rühl afirma categoricamente que o método conflitual contribui, de forma substancial, para o aumento de custo das transações comerciais internacionais.¹²⁷

71. Nesse ponto, deve-se destacar o extenso trabalho feito pelos economistas Dieter Schmidtchen e Hans-Jörg Schmidt-Trenz,¹²⁸ que concluem que o territorialismo característico do sistema de direito internacional privado¹²⁹ não só não reduzem os efeitos da pluralidade de ordens jurídicas, como os ampliam, afetando profundamente a segurança e eficiência dos contratos comerciais internacionais.¹³⁰

72. Portanto, a característica primária do método conflitual (*i.e.* conectar os contratos comerciais internacionais a um direito doméstico),¹³¹ faz com que o direito internacional privado clássico não seja capaz de mitigar as incertezas características dos contratos comerciais

¹²⁷ “[C]hoice of law subjugates international transactions to domestic law, offering only national solutions to global problems. This, in turn, is problematic because the differences between legal orders can be substantial, raising the costs for at least one of the parties where this party must gather information as to the content of a foreign law. Furthermore, national legal orders are not tailored to the needs of international transactions, especially in cases in which international trade has developed forms of co-operation and organisation unfamiliar to domestic law. Therefore, where legal rules exist, they run the risk of being unsuitable for international transactions.” RÜHL, Giesela. The Problem of International Transactions Conflict of Laws Revisited. *Journal of Private International Law*, v. 6, n. 1, Apr. 2010. p. 80.

¹²⁸ Cf., e.g., SCHMIDTCHEN, Dieter e SCHMIDT-TRENZ, Hans Jörg. The Division of Labor is Limited by the Extent of the Law. *Constitutional Political Economy*. V. 1, n. 30 (1990); SCHMIDT-TRENZ, Hans Jörg. The State of Nature in the Shadow of Contract Formation: Adding a Missing Link to J.M. Buchanan's Social Contract Theory. *Public Choice*. V. 62 (1989); SCHMIDTCHEN, Dieter *et al.* Conflict of Law Rules and International Trade a Transaction Costs Approach. *Center for the Study of Law and Economics Discussion Paper 2004-0* (2004). Disponível em https://www.econstor.eu/obitstream/10419/23042/1/2004-01_conflict.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023; SCHMIDTCHEN, Dieter e SCHMIDT-TRENZ, Hans Jörg. Territoriality of Law and the International Trade Game: Towards a New Institutional Economics of International Transactions. *CSLE Discussion Paper, No. 2006-06* (2006). Disponível em https://www.econstor.eu/bitstream/10419/23084/1/2006-06_NIEIT.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²⁹ “*Il faut rappeler, en effet, que F.C. de Savigny est parti de la ‘diversité des droits positifs’ au commencement de son examen du problème du droit international privé. Et il y indique qu’une communauté humaine peut être soumise à un ordre juridique par son ‘origine’, sur ‘un fondement personnel’ selon son expression, mais aussi par le ‘territoire’. L’auteur ajoute ensuite que si l’élément territorial l’a emporté sur l’élément personnel et que si celui-ci ne possède à présent qu’un intérêt purement historique, il convient de rester dans le domaine du premier.*” CAMPOS, Julio D. González. Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation des Règles de Droit International Privé. *Recueil des Cours*, n. 287, 2000. p. 58.

¹³⁰ “Collisions of norms and gaps between different norm systems then appear. An accord in judicial decisions is often coincidental, and the assistance of the judicial and penal institutions in foreign countries is not at all a matter of course. Thus, because of the absence of a world state, the property rights of economic agents involved in private international trade are often incompatibly defined and insufficiently protected.” SCHMIDT-TRENZ, Hans-Jörg e SCHMIDTCHEN, Dieter. Private International Trade in the Shadow of the Territoriality of Law: Why Does It Work? *Southern Economic Journal*, v. 58, n. 2, 1991, p. 329.

¹³¹ “As partes podem procurar prever situações futuras e estabelecer normas materiais, no bojo do contrato, para resolver essas situações, bem como estabelecer cláusulas de escolha de foro e de arbitragem. No entanto, não é possível fugir de toda de urna lei nacional aplicável ao contrato internacional, lei esta que deverá ser determinada pelo Direito Internacional Privado do Estado onde a questão estiver sendo apreciada.” ARAÚJO, Nadia de. o direito internacional privado e os contratos internacionais: A Questão do Elemento de Conexão, da Autonomia da Vontade e os Resultados da CIDIP V. *Agenda Internacional*, v. 1, n. 3, 1995. p. 57.

internacionais. Pior, ela serve como um fator de amplificação de insegurança no plano transfronteiriço.¹³²

73. Ciosa do fato de que o método conflitual¹³³ não resolvia o problema do *border effect* e da pluralidade de ordens jurídicas que lhe é característica, a doutrina internacionalista começou a voltar suas atenções à uma nova abordagem: a tentativa de uniformização do direito privado.

74. Seu estopim se deu com a formação da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado (“HCCH”), em 1893; uma iniciativa capitaneada pelo internacionalista holandês Tobias Asser – vencedor do Prêmio Nobel da Paz de 1911 por seus esforços neste campo –, a HCCH tem como objetivo elaborar tratados e convenções buscando a uniformização progressiva das regras de direito internacional privado.¹³⁴

75. Na sua esteira, a Liga das Nações formou o UNIDROIT em 1926. Com a colapso da Liga, o UNIDROIT foi reestabelecido como organização independente em 1940, com a função

¹³² Essa realidade leva parte da doutrina a reconhecer que o direito doméstico não é adequado para regular os assuntos do comércio internacional: “*Les droits des différents Etats ont été élaborés, dans leurs solutions de fond, en considérant essentiellement les rapports de droit internes, et c'est de façon exceptionnelle que l'attention de ceux qui ont élaboré ces droits s'est portée sur les rapports de droit internationaux. Qu'ils soient soumis au droit national du juge saisi ou à quelque autre droit national, dans un cas comme dans l'autre ils vont donc être soumis à des règles que e droit déclaré applicable a prévues en ayant en vue, au moins de façon générale, les seuls rapports de droit internes. Dans le droit français par exemple, on cherche en vain dans le Code civil une disposition qui concerne spécifiquement les rapports du commerce international. Il existe pourtant de bonnes raisons pour traiter différemment, à des égards multiples, rapports de rot internes et internationaux. Certaines questions ne se posent que dans le cas de ces derniers, et dans d'autres cas il est permis de se demander si une règle, justifiée quand on envisage les rapport de droit internes, l'est encore lorsque l'on envisage les rapports de droit internationaux. Des problèmes de douane, de licences, de contingentement à l'importation ou à l'exportation, de variations de la monnaie prévue au contrat, se posent dans le cas des contrats internationaux. Les droits nationaux souvent sont muets en ce qui concerne ces questions. Les dispositions d'autre part qui, dans ces droits peuvent interdire une clause-or, une clause de paiement en devises étrangères, une clause d'indexation des prix, une clause compromissoire ou une clause d'élection de loi ou de juridiction peuvent ne pas être adaptées à la spécificité des contrats internationaux.*” DAVID, René. *Le Droit du Commerce International*. Paris: Economica, 1987, p. 17.

¹³³ Chama-se atenção, aqui, para outros métodos amplamente defendidos na doutrina, como o “*governmental interest analysis*”, pregado por Currie, a “*proper law*” defendido por F.A. Mann, e o “*better law*”, esposado por Robert Leflar. Em que pese as diferenças metodológicas, todos, no fim, geram o mesmo resultado que o método conflitual clássico: a aplicação de um ordenamento jurídico doméstico específico a uma relação jurídica internacional.

¹³⁴ Como prevê o artigo 1º do Estatuto da HCCH: “*The purpose of the Hague Conference is to work for the progressive unification of the rules of private international law.*” Disponível em <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text>. Acesso em: 16 abr. 2023.

de “*examinar maneiras de harmonizar e coordenar o direito privado dos Estados-membro de forma a prepara-los gradualmente para a adoção de regras uniformes de direito privado.*”¹³⁵

76. Naquele momento, os esforços de harmonização eram focados no campo dos pagamentos internacionais – e com sucesso limitado. A primeira convenção em matérias comercial produzida no âmbito da HCCH teve como objeto os títulos de crédito. A *Convention sur l’Unification du Droit Relatif à la Lettre de Change et au Billet à Ordre et Reglement Uniforme*, de 1912, contudo, sequer chegou a entrar em vigor.¹³⁶

77. Um dos primeiros autores a propor uma maior harmonização do direito privado foi Ernst Rabel, co-fundador do *Institut für Rechtsvergleichung* da Universidade de Munique com Karl Neumeyer e primeiro diretor do *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*.¹³⁷ Rabel conclui que um grande acordo internacional para harmonizar o direito dos contratos internacionais seria produtivo, especialmente para dar segurança às partes.¹³⁸

78. A partir daí, na sua capacidade de membro do Conselho de Governo do UNIDROIT, Rabel propôs a harmonização do direito da compra e venda internacional. O UNIDROIT então formou um grupo de trabalho presidido por Cecil J.B. Hurst e composto por Rabel, Algot

¹³⁵ Como prevê o artigo 1º do Estatuto do UNIDROIT: “*The purposes of the International Institute for the Unification of Private Law are to examine ways of harmonising and coordinating the private law of States and of groups of States, and to prepare gradually for the adoption by the various States of uniform rules of private law.*” Disponível em <https://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹³⁶ O texto da Convenção pode ser encontrado em Nações Unidas. *Registre des Textes des Conventions et Autres Instruments Relatifs au Droit Commercial International*. V. 1. Nova York: Nações Unidas, p. 129-150. Para um exame crítico da convenção, cf. LORENZEN, Ernest G. The Hague Convention of 1912, Relating to Bills of Exchange and Promissory Notes: a Comparison with Anglo-American Law. *Illinois Law Review*, v. 11, n. 3 (Out. 1916), p. 137-158. A convenção foi posteriormente substituída pela Convenções para Adoção de uma Lei Uniforme em Matéria de Letras de Câmbio e Notas Promissórias, assinada em Genebra em 1930, que encontra-se em vigor desde 1º de janeiro de 1934.

¹³⁷ Para um *rapport* sobre a vida e a obra de Ernst Rabel, cf. RHEINSTEIN, Max. In Memory of Ernst Rabel. *The American Journal of Comparative Law*. V. 5, n. 2 (1956), p. 185-196.

¹³⁸ “*Toute admirable que soit certainement cette entreprise originale des milieux économiques, elle n’est pas sans inconvénients forts sensibles. On va jusqu’à parler d’une anarchie ou même d’une vie sans droit. Bien des formulaires sont fabriqués machinalement, plens de lacunes et de contradictions. Les parties ne lisent pas ces recueils volumineux de conditions qu’elles souscrivent, et inconscientes de questions de droit, elles n’ont, em dehors du peu de règles généralement reconnues par l’usage mondial, que des notions très restreintes sur la portée des clauses dont elles font emploi et qui ne sont pas directement relatives à l’objet de la livraison.*” RABEL, Ernst. Observations Concernant l’Utilité de l’Unification au Point de Vue des Besoins du Commerce International (1929). p. 4. Disponível em <https://www.unidroit.org/french/documents/1929/etude04/s-04-01-f.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

Bagge, Henri Capitant, Martin Fehr, Harold Cooke Gutteridge e Joseph Hamel para elaborar uma proposta de convenção de lei uniforme para a compra e venda internacional.¹³⁹

79. Esse grupo de notáveis concluiu que a proximidade entre as múltiplas fontes do direito doméstico tornava plausível a empreitada.¹⁴⁰ O projeto de convenção produzido por este comitê buscou inspiração nas mais diversas tradições do direito para gerar um documento que buscava uniformizar o direito da compra e venda.¹⁴¹

80. A Segunda Guerra Mundial eclodiu logo depois.¹⁴² Após o fim da grande guerra, o Governo dos Países Baixos convocou uma nova conferência para debater o projeto. Dessa iniciativa nasceram duas convenções uniformes: a Convenção Relativa à Lei Uniforme da Venda Internacional de Mercadorias (“ULIS”) e a Convenção Relativa à Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (ULFC), que entraram em vigor em 1972.¹⁴³

¹³⁹ “Here, history started in 1931, when the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) set up a special commission to draft a uniform law. Members of the Commission included well known jurists such as Sir Cecil Hurst, Gutteridge, Rabel, Capitant and Bagge.” TUNC, André. The Need for Universal Unification of the Law of International Sales. In: SCHMITTHOFF, Clive e SIMMONDS, Kenneth. *International Economic and Trade Law: Universal and Regional Integration*. Leiden: A.W. Sijthoff, 1976, p. 129. Um resumo dessa história encontra-se também no site do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulis-1964/overview/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁴⁰ “Various national codes, such as the old German Commercial Code, the English, Scandinavian and United States Sales Acts have amply demonstrated that this limitation [unification of the Law of Sale] is possible”. League of Nations. *Draft of an International Law of the Sale of Goods*. Soma: La Libreria dello Stato, 1935. p. 15.

¹⁴¹ “The need is for nothing less than a uniform law suitable for world-wide use a breath-taking opportunity that creates peculiar and exacting problems of design and draftsmanship. In this rapidly shrinking world, we need not fear that the project will languish and die if it is not immediately put into force. The project needs further work, and the importance and difficulty of the problems justify the extra effort.” HONNOLD, John. *The Uniform Law for the International Sale of Goods: The Hague Convention of 1964. Law and Contemporary Problems*, v. 30, n. 2, 1965. p. 351.

¹⁴² “The commission prepared a draft, submitted it to various governments through the League of Nations, received observations, reconsidered its draft yet, was unfortunately prevented from taking any further deliberations, because of the outbreak of war.” TUNC, André. The Need for Universal Unification of the Law of International Sales. In: SCHMITTHOFF, Clive e SIMMONDS, Kenneth. *International Economic and Trade Law: Universal and Regional Integration*. Leiden: A.W. Sijthoff, 1976, p. 129.

¹⁴³ “The history of the convention dates from 1930, when the International Institute for the Unification of Private Law in Rome (UNIDROIT) – then under the auspices of the League of Nations - set up a drafting committee of European scholars to work on a uniform law for international sales. By the outbreak of the Second World War, the committee had prepared a first draft, solicited comments from governments, and prepared a revised draft taking account of these comments. After the war, in 1951, the Dutch government convened a twenty-oneation conference at the Hague which approved the revised draft and appointed a special commission to do further work. That commission released its revised draft in 1956 and solicited comments from governments. In 1964, the Dutch government convened a diplomatic conference at the Hague, and it approved a Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) and a shorter companion Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFC).” FARNSWORTH, E. Allan. *The Vienna Convention: History and Scope. International Lawyer*, v. 18, n.1, p. 17-20, 1984. p. 18.

81. A ULIS e a ULFC tiveram sucesso limitado: apenas nove estados ratificaram as convenções.¹⁴⁴ No aspecto material, a grande crítica recai sobre seu caráter eurocêntrico; vinte e três dos vinte e oito Estados representados na conferência eram países europeus.¹⁴⁵ Esse foi um dos fatores que levou os Estados Unidos, por exemplo, a não aderir às convenções.¹⁴⁶

82. No aspecto político, as convenções não conquistaram muita tração junto aos países do bloco socialista e do mundo em desenvolvimento.¹⁴⁷ A grande maioria desses países não participou das conferências diplomáticas que levaram à elaboração das convenções.¹⁴⁸

83. Durante os anos 1960 e 1970 – auge da guerra fria –, o mundo encontrava-se dividido em dois polos. Com ambos os expoentes da polarização fora dos debates, as duas convenções estavam fadadas ao fracasso.

84. Mas os esforços de harmonização do direito material dos contratos comerciais internacionais não pararam por aí. O insucesso da ULIS e da ULFC inspirou as Nações Unidas – por meio de seu braço dedicado ao desenvolvimento do direito do comércio internacional, a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional (“UNCITRAL”), estabelecido em 1966 – a tentar elaborar um projeto de convenção para a compra e venda internacional mais inclusivo e abrangente.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulis-1964/status/> e <https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/ulfc-1964/status/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁴⁵ “*The governments of twenty-eight States were represented at the conference. Nineteen were from Western Europe; participation from other regions included three of the socialist nations of Eastern Europe-Bulgaria, Hungary, and Yugoslavia - and also Greece, Israel, Turkey, the United Arab Republic, Colombia, and Japan*” HONNOLD, John. *The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the International Sale of Goods. The American Journal of Comparative Law*, v. 13, n. 3, 1964. p. 452.

¹⁴⁶ “*While a few United States' proposals were accepted, most were not. The United States' delegation had little impact since consideration of its views would have required major revisions proposed by johnnies-comelately*” LANDAU, Henry. *Background to U.S. Participation in United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. International Lawyer*, v. 18, n. 1 (1984), p. 29.

¹⁴⁷ “[I]t is regrettable, especially for psychological and political reasons, that representatives from the nations of Asia and Africa as well as most Latin American and Socialist countries were not participating in the preparation of *The Hague Uniform Laws*”. VON BIEBERSTEIN, Freiherr Wolfgang. *The Hague Uniform Sales Law*. In.: SCHMITTHOFF, Clive e SIMMONDS, Kenneth. *International Economic and Trade Law: Universal and Regional Integration*. Leiden: A.W. Sijthoff, 1976, p. 138.

¹⁴⁸ “*Those two Hague Conventions did not achieve the desired result of unification of sales law. This failure has been largely attributed to the limited role played by Third World and Socialist countries in the contributions towards the Conventions.*” FELEMEGAS, John. *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*. Tese submetida para a obtenção do grau de Doutor em Filosofia pela Universidade de Nottingham, na Inglaterra, p. 20.

¹⁴⁹ “*The failure of the 1964 Hague treaties to gain widespread acceptance prompted the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)18 to form the Working Group on the International Sale*

85. Já em 1969, a UNCITRAL estabeleceu um grupo de trabalho sobre a harmonização do direito da compra e venda internacional. Esse grupo era muito mais heterogêneo do que aquele formado por ocasião da criação da ULIS e da ULFC: A UNCITRAL fez questão de garantir a presença de países da África, Ásia, Leste Europeu e América Latina na formação do grupo.¹⁵⁰

86. Em 1977, esse grupo de trabalho apresentou um projeto de convenção à UNCITRAL. Desse esforço nasceu o “*New York Draft*”, enviado para comentários dos Estados-membros das Nações Unidas em 1978.¹⁵¹ Na primavera de 1980, os delegados dos Estados-membros da UNCITRAL se reuniram em Viena, na Áustria, para debater o projeto. Sessenta e dois Estados participaram da Conferência – no final, quarenta e dois votaram a favor da aprovação da convenção.¹⁵² A CISG, então, foi assinada em 11 de abril de 1980, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1988.

87. A CISG é, sem sombra de dúvidas, a mais bem sucedida lei uniforme no campo do direito dos contratos comerciais internacionais.¹⁵³ Até o momento, a convenção já foi ratificada por 97 países,¹⁵⁴ que representam 80% do comércio internacional¹⁵⁵ – incluindo, entre eles, o

of Goods in 1969 and charge it with the task of drafting the text for a new, more widely acceptable treaty on the international sale of goods.” BAILEY, James E. Facing the Truth: Seeing the Convention on Contracts for the International Sale of Goods as an Obstacle to a Uniform Law of International Sales. *Cornell International Law Journal*. V. 32 (1999), p. 278.

¹⁵⁰ “*The composition of UNCITRAL and the Working Group(s) was of great significance for their work but, above all, for the results achieved. First, the number of States providing members was limited, initially to 29 and then to 36; secondly, efforts were made to achieve a balance in the representation of the various regions of the world by providing in UNCITRAL’s rules that members were to be divided along particular regional lines. Accordingly, Africa received nine seats, Asia seven, Eastern Europe five, Latin America six, and the Western States nine.*” SCHWENZER, Ingeborg. Introduction. In.: SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. 4th ed. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 2.

¹⁵¹ “*After ten years of work UNCITRAL submitted a Draft Convention (the New York Draft) in 1978, which covered both the formation of the contract and the specific rules on sales.*” BUYDAERT, Michael. The Passing of Risk in the International Sale of Goods A comparison between the CISG and the INCOTERMS. Disponível em https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/buydaert.html. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁵² Disponível em: https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/summary11.html. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁵³ “*The latest-and arguably the greatest-legislative achievement aimed at harmonizing private commercial law is the ‘CISG’: the United Nations (Vienna) Convention on Contracts for the International Sale of Goods. The CISG is the product of a 50-year transnational effort, and it surely represents a giant step forward in the private and commercial sphere.*” LOOKOFISKY, Joseph. “Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, n. 2, p. 13, 1991.

¹⁵⁴ Cf. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG). Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁵⁵ “*The CISG gained this flattering reputation due to the fact that it governs arguably more than 80% of international sales contracts and that it is currently accepted by more than 90 States,4 among which nine of*

Brasil, que aceitou a Convenção em 4 de março de 2013 e a promulgou em 16 de outubro de 2014.¹⁵⁶

88. Novos tratados buscando harmonizar outros setores do comércio internacional, como o transporte de mercadorias por mar,¹⁵⁷ garantias independentes e cartas de crédito,¹⁵⁸ *leasing*,¹⁵⁹ garantias sobre equipamentos,¹⁶⁰ e *factoring*,¹⁶¹ entre outros, foram produzidos, alguns com mais, outros com menos êxito.¹⁶² Mas fato é que o sucesso da CISG serviu como base para o processo contemporâneo de harmonização do direito privado.

89. Intuitivamente, o direito uniforme deveria eliminar o *border effect* e a pluralidade de ordens jurídicas e, assim, aumentar a segurança e reduzir os custos de transação no comércio internacional.¹⁶³ Na prática, contudo, isso não acontece. Conquanto bem-sucedidos

the ten largest importing and exporting economies according to the World Trade Organization statistics." JOVANOVIĆ, Marko. Forever Young: The Gap-Filling Mechanism of the CISG As a Factor of Its Modernization. In.: MESKIC, Zlatan *et al.* *Balkan Yearbook of European and International Law 2020*. Cham: Springer, 2020, p. 42.

¹⁵⁶ BRASIL. Decreto n 8.327, de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁵⁷ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (Hamburgo, 1978) (the "Hamburg Rules"). Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁵⁸ UNITED NATIONS CONVENTION ON INDEPENDENT GUARANTEES AND STAND-BY LETTERS OF CREDIT. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guarantees.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁵⁹ UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL FINANCIAL LEASING, 1988. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention/>. Acesso em: 16 abr. 2023. 23 mar. 2023.

¹⁶⁰ UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL INTERESTS IN MOBILE EQUIPMENT, 2001. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁶¹ UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL FACTORING, 1988. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/factoring/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁶² Para um relatório sobre os sucessos e insucessos de algumas dessas convenções uniformes, cf. MORISHITA, Tetsuo. "Successes and Failure of Harmonization of Commercial Laws". *Japanese Yearbook of International Law*, v. 60, p. 113-135, 2017.

¹⁶³ "All economic theory begins with an intuition about the world. Ask a practicing lawyer whether, other things being equal, transactors would be better off if there were a single law and judiciary; whether an international transaction would involve less risk if it had more of the institutional attributes of a wholly domestic transaction? and the answer would undoubtedly be yes." LINARELLI, John. The Economics of Private Law Harmonization. Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law, v. 96, p. 339-342, 2002.

politicamente¹⁶⁴, esses instrumentos ficam aquém de seu objetivo de mitigar os efeitos desta forma de pluralismo.¹⁶⁵

90. Primeiro pois o sucesso de uma convenção uniforme – e de qualquer tratado internacional – depende muito da capacidade dos Estados de atingirem consenso.¹⁶⁶ Esse cenário se torna ainda mais preocupante quando somado à pressão natural por aderência: quanto mais países aderirem à uma convenção, maior será a medida de seu sucesso.¹⁶⁷

91. No plano internacional, para que uma convenção internacional seja considerada bem-sucedida, ela deve ser ratificada pelo máximo número de países possíveis.¹⁶⁸ No campo do

¹⁶⁴ Para um exame mais profundo sobre o sucesso político da CISG, cf. SCHWENZER, Ingeborg. “The CISG in a Globalised World”. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 3, p. 365-373, 2009.

¹⁶⁵ “The problem therefore is that the CISG regime is not exclusively applicable to the party relationship. Gaps will have to be filled by the domestic law that is applicable in accordance with the rules on conflict of laws. I believe this is one of the main reasons why parties exclude the CISG: they prefer the imperfectness of one whole national jurisdiction to the situation in which their rights and obligations are governed by fragments of different origin, no matter how high the quality of these fragments may be.” SMITS, Jan. Problems of Uniform Sales Law – Why The CISG May Not Promote International Trade. *Maastricht European Private Law Institute Working Paper N. 2013/1*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2197468>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁶⁶ “A look at the UNCITRAL website will show that there are, unfortunately, a number of conventions prepared by UNCITRAL that were adopted at diplomatic conferences or by the General Assembly that have never received the requisite number of adherences to put them into force. That is the fate of many efforts in multilateral treaty making and not only those for the unification of law.” BERGSTEN, Eric. Thirty-five years of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: expectations and deliveries. Thirty-five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives. Proceedings of the High Level Panel held during the Forty-eighth Session of the United Nations Commission on International Trade Law, 2015, p. 7. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/35_years_of_uniform_sales_law-e.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁶⁷ “Once an instrument has been ratified and entered into force, it gains prominence, and the perception changes. If an instrument becomes the standard in transnational law, it is more likely that it will be ratified by further States. [...] Now that a significant number of States have ratified the Convention, it is easier to push for new ratifications. The political benefits of ratification are clearer at this stage, regardless of any legal benefits. States are more likely to ratify a convention once other States have done so, especially if these are key trading partners. For instance, Denmark and Norway have prepared the necessary legislation to incorporate the Rotterdam Rules but are holding out on ratification until other States do. Of course, if all States play the waiting game, this significantly hinders the ratification process. It is thus beneficial if several larger economies accept the convention. This makes it likelier others will follow.” HOEKSTRA, Johanna. Political Barriers in the Ratification of International Commercial Law Conventions. *Uniform Law Review*, v. 26, n. 1, p. 43–66, 2021. p. 61-62.

¹⁶⁸ O número de ratificações é amplamente reconhecido como o principal parâmetro para medir o sucesso de uma convenção. Neste sentido, cf. FÁRIA, José Angelo Estrella. “Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?” *Uniform Law Review*, v. 14, n. 1-2, p. 215, 2009. Contudo, há quem entenda que esse parâmetro não meça, de forma precisa, o sucesso de um tratado. “The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods¹ (hereinafter: CISG) is generally considered a success, so much so, that one commentator even hailed it as ‘arguably the greatest legislative achievement aimed at harmonizing private commercial law’. What, however, is the measure of that success? Is it the number of contracting States which is indeed impressive, the CISG being in force in 70 countries – with more countries to enter the CISG into force shortly? Is it the percentage of world trade to which it applies, which, one must admit, is remarkable, since the CISG – supposedly – governs two-thirds of world trade, if not more? Or is it the fact that the CISG is increasingly being applied both by state courts and arbitral tribunals?”

direito privado, as principais convenções internacionais aplicadas, na prática, ao redor do mundo são aquelas que possuem ampla aceitação dentre a sociedade das nações.¹⁶⁹

92. Os exemplos da ULIS e da ULFC servem como advertência. Em que pese os enormes avanços das convenções, fato é que seu (in)sucesso é medido, em larga escala, pelo baixo número de países aderentes à estas convenções.¹⁷⁰

93. Na busca por maior aceitação, os Estados acabam por produzir convenções lacunosas. Elas tendem a excluir de seus escopos temas controversos, mas relevantes, como a validade dos contratos, por exemplo.¹⁷¹ Segundo Franco Ferrari, instrumentos como a CISG não são exaustivos, e, por isso, tem sucesso limitado no que tange à harmonização do direito privado.¹⁷²

In this rapporteur's opinion, by itself none of the foregoing measures is sufficient to justify the foregoing conclusion." FERRARI, Franco. *The CISG and its Impact on National Legal Systems – General Report*. In: FERRARI, Franco (ed.) *The CISG and its Impact on National Legal Systems*. Munique: Sellier, 2008, p. 414.

¹⁶⁹ Vide os exemplos não só da CISG, já visto acima, mas, principalmente, da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assinada em Nova York em 1958 ("Convenção de Nova York"). A Convenção de Nova York já foi ratificada por mais de 180 países, e é hoje amplamente reconhecida como a lei aplicável à matéria de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras ao redor do mundo: "*Apart from the founding treaties of the United Nations, the New York Convention is the most successful modern treaty measured by the number of its signatory States [...]. It is the lubricating super-oil for the complex machinery which has made the explosion of global trade possible over the last fifty years.*" Cf. VEEDER, Van Vechten. "Is There a Need to Revise the New York Convention?" *Journal of International Dispute Settlement*, v. 1, n. 2, p. 325, 2010.

¹⁷⁰ Na primeira sessão da UNCITRAL, em 1968, a Comissão decidiu determinar a posição dos Estados-membros sobre a ULIS e a ULFC. As resposta dos Estados-membros foram submetidas e analisadas na segunda sessão da UNCITRAL, em 1969 e revelaram que a baixa aderência dos países a estas convenções tornava necessário revisá-las. Isso levou à criação do grupo de trabalho que gerou a CISG. Para um detalhamento deste histórico, cf. NDULO, Muna. "The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1864: A Comparative Analysis". *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 38, n. 2, p.1-25, 1989.

¹⁷¹ "Article 4(1) clarifies that the CISG does not govern questions concerning the validity of the contract of any of its terms. The Convention is not concerned, for example, with the requirements of capacity to contract, unconscionability (*Sittenwidrigkeit*, *contrats illicites*), illegality, vitiated consent (*Irrtum*, *erreur*, *mistake*, *duress fraud*) and so on. The purpose of the 'validity' exception in Article 4(a) CISG was to preserve national rules that embodied important social values and could not be waived by mutual agreement." SCHWENZER, Ingeborg et al. *International Sales Law: A Guide to the CISG*. 2nd ed. Oxford: Hart, 2012, p. 30.

¹⁷² "Since the CISG is in force in 64 countries and covers more than two-thirds of world trade and is increasingly applied both by state courts and arbitral tribunals, the CISG's success is rarely questioned. The CISG's 'world-wide success' and its supposedly global reach are, however, misleading, insofar as they make one believe that the CISG is 'a comprehensive code governing international sales of goods', 'addressing contracting generally', and therefore governs all international sales transactions and 'exhaustively deals with all problems.' But the CISG neither governs all international sales transactions, nor, despite some statements to the contrary in case law, does it deal with all issues that may arise in connection with these transactions." FERRARI, Franco. "What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG". *International Review of Law and Economics*, v. 25, n. 3, p. 1-25, 2015.

94. Além disso, essas convenções contam com a participação direta dos Estados na construção das suas normas.¹⁷³ Por isso, elas padecem das deficiências naturais do processo de arranjos e compromissos celebrados entre os diferentes Estados,¹⁷⁴ fator necessário para a conclusão de um projeto ambicioso como uma dessas convenções.¹⁷⁵

95. Uma dessas deficiências, por exemplo, é a criação de normas vagas, que acabam por criar incertezas ainda maiores para as partes que dependem da regra para suas operações.¹⁷⁶ Por isso, a aplicação harmônica dessas convenções depende do interesse do foro (seja ele judicial ou arbitral) em manter a uniformidade e internacionalidade do tratado.¹⁷⁷ O histórico das principais convenções uniformes denota que diversas cortes adotam variadas interpretações, amparadas, em grande parte, na vaga e aberta redação de seus dispositivos.¹⁷⁸

¹⁷³ “Os tratados são considerados atualmente a fonte mais importante do DI, não só devido à sua multiplicidade mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles. Por outro lado, o tratado é hoje considerado a fonte do DI mais democrática, porque já participação direta dos Estados na sua elaboração.” MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. p. 191.

¹⁷⁴ “The disparity of economic, political, and legal structure of the represented at the Vienna Conference suggests the difficulty of achieving uniformity. It also suggests the inevitability of compromises in order to different concepts and ideas into an independent, workable, and meaningful system of regulating international.” GARRO, Alejandro. “Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. *The International Lawyer*, v. 23, n. 2, p. 450, 1989.

¹⁷⁵ “But achieving formally uniform ISL would therefore require significant compromise to create legal principles on which states with dissimilar legal doctrines could agree. The debates that would create those compromises would have to be resolved, if at all, after input from states that have different interests, rather than through imposition of a solution favored by a dominant interest group.” GILLETTE, Clayton; SCOTT, Robert E. “The Political Economy of International Sales Law”. *International Review of Law and Economics*, v. 25, n. 1, p. 461, 2005.

¹⁷⁶ “Because the drafters would have important incentives to reach an agreement when such agreement would in fact be very difficult to reach, the rules that they would eventually adopt would be the result of important compromises and would try to accommodate as many drafters as possible. Hence, the rules would be more vague and rely more heavily on standards that could be interpreted differently. Gillette and Scott emphasize that the CISG relies heavily on standards, which seems to support their argument.” CUNIBERTI, Gilles. Is the CISG Benefiting Anybody? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 39, n. 5, 2006. p. 1.546. Nesta mesma linha: “La version finale du texte de la Convention a renforcé une tendance, très présente déjà lors des travaux préparatoires, d’éviter des moyens qui joueraient comme des couperets, telle la résolution ipso jure. La Convention reflète aussi la volonté de laisser au juge une large liberté de manoeuvre, eu égard aux circonstances de l’espèce.” SCHLECHTRIEM, Peter; WITZ, Claude. *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*. Paris: Dalloz, 2008, p. 8.

¹⁷⁷ “Realistically speaking, every uniform law has to rely on a certain imprecision. If a law is intended to be flexible enough to adapt to new factual and legal developments in decades to come, it has to leave room for interpretation. Unlike domestic law which may be changed and adapted rather easily by the legislator, it would be illusionary to believe it possible to bring seventy-two nations together on a regular basis in order to make adjustments to the wording of the CISG.” SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. “The CISG - Successes and Pitfalls”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 57, n. 2, p. 469, 2009.

¹⁷⁸ “Divergences in the CISG’s application still exist, however, and will continue to persist for many years. The reasons range from the lack of a supreme international tribunal with the mandate to unify diverging applications by courts from the many contracting States³⁷ to the wording of the CISG, which itself constitutes a source of diverging applications, as often pointed out in legal writing.” FERRARI, Franco. “The CISG and

96. O melhor exemplo dessa dinâmica talvez seja o artigo 78 da CISG, que prevê o direito da parte inadimplida de cobrar juros sobre a indenização devida em razão de inadimplemento do contrato de compra e venda internacional de mercadorias.¹⁷⁹ Esse dispositivo foi objeto de intenso debate nos trabalhos preparatórios da convenção; como se sabe, alguns países (como aqueles que adotam a *Shari'a*), não permitem a cobrança de juros.¹⁸⁰

97. Por isso, quando dos debates envolvendo o artigo 78 da CISG, houve objeção ao conteúdo do texto original do dispositivo.¹⁸¹ A solução foi um acordo – a convenção permitiria a cobrança de juros, sem, contudo, estipular seu termo inicial e seu índice de aferimento.¹⁸²

its Impact on National Legal Systems – General Report”. In.: FERRARI, Franco (ed.) *The CISG and its Impact on National Legal Systems*. Munique: Sellier, 2008, p. 420.

¹⁷⁹ Artigo 78. Se uma das partes deixar de pagar o preço ou qualquer outro valor devido, a outra parte terá direito a receber os juros correspondentes, sem prejuízo de qualquer indenização das perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

¹⁸⁰ “Islam prohibits Muslims from taking or giving interest (riba) regardless of the purpose for which such loans are made and regardless of the rates at which interest is charged. To be sure, there have been attempts to distinguish between usury and interest and between loans for consumption and for production. It has also been argued that riba refers to usury practised by petty money-lenders and not to interest charged by modern banks and that no riba is involved when interest is imposed on productive loans, but these arguments have not won acceptance. Apart from a few dissenting opinions, the general consensus among Muslim scholars clearly is that there is no difference between riba and interest. In what follows, these two terms are used interchangeably.” ARIFF, Mohamed. *Islamic Banking*. *Asian-Pacific Economic Literature*, v. 2, n. 2, 1988. p. 49. A cobrança de juros também é proibida na Halacha – consolidação das leis judaicas baseadas na Torá: “The Scriptural passages, although stated in less colorful terms than the relevant Islamic provisions, are clear in their intention. ‘Because of the severity of the Torah prohibition against usury, the Rabbis took it upon themselves, as a precaution, to ban any payment or transaction which contains either a hint of interest or unearned profit.’” KLEIN, Daniel. “The Islamic and Jewish Laws of Usury: A Bridge to Commercial Growth and Peace in the Middle East.” *Denver Journal of International Law & Policy*, v. 23, n. 3, p. 1-20, 1995. Esses fatores levam a um grande debate sobre a aplicabilidade do artigo 78 nos países onde os juros são ilícitos: “So far, the discussion of riba in Shari'a, has been intertwined with the theoretical -- the ideal Islamic state. Is interest therefore prohibited? Would an Islamic forum prohibit interest from being awarded? There are four major forces working against this possibility which will affect the analysis and have to be reconciled with the prohibition of riba. The first, as it has been put forth in the small amount of scholarly attention paid to this issue, is that the Islamic states which are parties to the CISG, have signed it with no reservation to Article 78. If a state decided not to abide by a convention or treaty it signed, there could be negative international repercussions. The second is that no true Islamic state exists. Islamic states are often a combination of Islamic law with heavy influences from western legal structure. Thirdly, the trend in Islamic banking is a new one, and the Middle East is becoming integrated into the increasing level of international transactions today making it more difficult to uphold this unique viewpoint of interest that so controls the western world. Finally, to hold against the one issue of riba would contradict an entire source of Shari'a -- treaty law.” TWIBELL, T.S. “Implementation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) under Shari'a Law: Will Article 78 of the CISG Be Enforced When the Forum Is an Islamic State?” *International Legal Perspectives*, v. 9, p. 77, 1997.

¹⁸¹ “The principal sources of the difficulty encountered at all stages were the following. Some countries, on religious grounds or for reasons of public policy, either forbid the charging of interest or impose a limit on the rate charged.” Nicholas, Barry. Comments on Article 78. In: BIANCA, Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*. Giuffrè: Milan, 1987, p. 568.

¹⁸² “Ultimately, the Drafters acknowledged the principle of a right to claim interest on any monetary obligation that is due, but did not expressly define the rate of interest or the modalities of payment.” CISG Advisory Council Opinion n 14. Rapporteur: Professor Doctor Yeşim M. Atamer (2013), §2.3.

98. O fato de a convenção prever dispositivos vagos e lacunosos, por si só, não seria necessariamente um problema, da perspectiva de técnica legislativa. O direito doméstico, por exemplo, utiliza diuturnamente esse expediente.¹⁸³ Para manter a conversa no tema de juros, um bom exemplo dentro do direito brasileiro é a regra contida no artigo 406 do Código Civil, que estabelece que os juros serão fixados “*segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional*”, na ausência de acordo entre as partes.

99. Assim, o legislador, ao invés de estipular um índice fixo, preferiu atrelá-lo aos juros pelo pagamento de impostos. Em teoria, isso deveria representar maior segurança; afinal, o artigo 161, §1º, do Código Tributário Nacional afirma que “[s]e a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.”

100. O problema é que, na ausência de um índice fixo estipulado pelo legislador, abre-se o flanco para que questões envolvendo cálculo de juros sejam suplementadas pelo julgador – seja ele juiz ou árbitro. No caso dos juros no Brasil, o que se observa é que a jurisprudência varia conforme o momento econômico do país:¹⁸⁴ São inúmeros os precedentes aplicando índices diversos, a depender, na essência, do aumento ou baixa da taxa básica de juros, calculada pelo índice da Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC).¹⁸⁵

101. A mesma incerteza aparece em casos envolvendo o artigo 78 da CISG.¹⁸⁶ Existem diversos precedentes aplicando índices distintos de juros, bem como estipulando termos iniciais

¹⁸³ Comentando sobre o Código Civil Brasileiro, Gustavo Tepedino afirma que: “*O Código Civil introduz cláusulas gerais que revelam uma atualização em termos de técnica legislativa, mas que exigem cuidado especial do intérprete. [...] Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios exilógicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas.*” TEPEDINO, Gustavo. “Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002”. In.: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 7.

¹⁸⁴ Em nota técnica apresentada nos autos do REsp 1.795.982, o economista Gustavo Franco afirma que “[r]egras para a mora não deveriam ter a sua razoabilidade dependente das condições meteorológicas”. REsp 1.795.982

¹⁸⁵ Os precedentes do STJ há muito afirmam que a taxa legal para cálculo dos créditos tributários e cíveis seria a Taxa SELIC. Cf. STJ. Embargos de Divergência no REsp 727.842/SP. Rel.: Min. Teori Zavascki, Corte Especial, j. em 08/09/2008. Entretanto, outros tribunais aplicam, diuturnamente, juros de um por cento previstos no artigo 161, §1º, do CTN. Cf. e.g., TJSP. Embargos de Declaração nº. 0006390-21.2008.8.26.0417, Rel. Des. Alexandre Marcondes, 3ª Câmara de Direito Privado, j. em 22/11/2019.

¹⁸⁶ “*More decisions have dealt with the rate of interest than with any other issue. The reason: Litigation on many issues concludes with a decision that one party owes the other a sum of money, with interest. The inability, described above, to agree on a formula for computing interest, inevitably led to a variety of approaches.*” HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. Nova York: Kluwer Law International, 1999. p. 469.

diferentes para o seu cálculo.¹⁸⁷ Há, também, quem sugira, na doutrina, simplesmente afastar os juros caso o país sede da disputa não permita a sua cobrança.¹⁸⁸

102. A criação de normas amplas e vagas faz cair por terra o espírito harmonizador das convenções uniformes.¹⁸⁹ Em que pese o fato de o sistema da convenção buscar criar mecanismos de integração e interpretação que privilegiem, de alguma forma, o seu caráter internacional e uniforme,¹⁹⁰ sua aplicação depende, na essência, da vontade do julgador – que muitas vezes não tem sequer familiaridade com os princípios e normas da convenção.¹⁹¹

¹⁸⁷ Cf., e.g., CLOUT Case No. 228, decisão de 27/07/1995, em que *Oberlandesgericht* de Rostock, na Alemanha, decidiu que a determinação da taxa de juros depende da aplicação do direito internacional privado da sede da disputa (Disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/germany-oberlandesgericht-hamburg-oberlandesgericht-olg-provincial-court-appeal-german-201>. Acesso em: 16 abr. 2023. 14 abr. 2023); Decisão da *International Commercial Arbitration Court at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry* de 15/04/1994, onde a corte decidiu que a taxa de juros deve ser a da lei doméstica do credo (Disponível em <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/15-april-1994-tribunal-international-commercial-arbitration-russian-federation-chamber>. Acesso em: 16 abr. 2023. 14 abr. 2023); *Bermatex s.r.l. v. Valentin Rius Clapers S.A. v. Sbrojovka Vsetin S.A.*, decisão de 06/10/1994, onde o *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial* da Argentina decidiu que o cálculo dos juros deveria ser feito utilizando os usos e costumes internacionais (Disponível em <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/argentina-october-6-1994-juzgado-nacional-de-primera-instancia-en-lo-comercial-bermatex>. Acesso em: 16 abr. 2023. 14 abr. 2023) e o ICC Case n.º. 8.128, de 1995, onde o Tribunal Arbitral entendeu que os juros devem ser calculados pela taxa média de juros do país da parte inadimplida (Disponível em <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/case-report-does-not-identify-parties-proceedings-1>. Acesso em: 16 abr. 2023. 14 abr. 2023).

¹⁸⁸ “Art. 78 finally contained a bad compromise: it states that there is an obligation to pay interest, but the details of this obligation are left up to the domestic law called upon by the rules of private international law. This is especially true for the chargeable amount of interest, but it will also apply to the case where the domestic law called upon by conflicts rules prohibits the taking of interest altogether.” SCHLECHTRIEM, Peter. “Recent Developments in International Sales Law”. *Israel Law Review*, v. 18, n. 3-4, p. 404, 1983.

¹⁸⁹ “It is common knowledge that in order to create legal uniformity, it is insufficient to merely create and enact uniform law instruments, because ‘even when outward uniformity is achieved [...], uniform application of the agreed rules is by no means guaranteed, as in practice different countries almost inevitably come to put different interpretations upon the same enacted words.’” FERRARI, Franco. “Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law”. *International Business Law Journal*, v. 2, n. 2, p. 145, 2003.

¹⁹⁰ “The CISG creates an almost self-sufficient system detached from the usual interpretation of domestic laws, and, by which, attention should be paid to certain principles in order to interpret the Convention. By doing so, risks derived from the application of interpretative rules specific to a domestic legal system—which are inadequate for a text originated, elaborated, applied, and approved in an international context—are avoided, and, at the same time, an international, autonomous, and uniform interpretation and application of the Convention is achieved.” PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, p. 4-28, 2017. p. 5.

¹⁹¹ “In other words, general principles must be used first -- and otherwise applicable law is a “last resort” – In theory, at least. However, as pointed out with ruthless perception by Mazzotta in one area of the CISG, this may be of great significance to scholars, but the reality is that those who apply the CISG (the judges, and arbitrators, who can be said to be the ones who now “own” the CISG as they determine its use) do not do this. Otherwise applicable law is – with very few exceptions – always the primary recourse if a solution to a problem is not found clearly in a CISG provision. And why? Because using the general principles is just too difficult and filled with insurmountable issues, for reasons explained below.” ANDERSEN, Camilla Baasch. General Principles of the CISG -- Generally Impenetrable? In: ANDERSEN, Camilla Baasch; SCHROETER, Ulrich (ed.). *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill, 2008. p. 15-16.

103. A situação é ainda pior no caso das lacunas. As convenções de direito uniforme, em sua grande maioria, excluem de seu escopo temas sensíveis, porém relevantes.¹⁹² A CISG, por exemplo, lista alguns bens, contratos e temas que estão fora do escopo da convenção.¹⁹³ Nesse caso, o esforço de interpretação uniforme cai por terra.¹⁹⁴

104. Isso porque o operador do direito não tem outra alternativa senão seja apelar para o direito internacional privado do foro para determinar qual lei se aplica às questões excluídas pelo escopo das convenções.¹⁹⁵ Logo, a convenção que deveria ser uniforme, na verdade, prevê, em seu bojo, a aplicação do sistema que ela buscava, justamente, afastar.

105. Além disso, há, ainda, um importante fator econômico a ser considerado. O custo de transição entre o direito doméstico e o direito uniforme cria um curioso paradoxo. Como explicam Emanuela Carbonara e Francesco Parisi, há um inerente custo relacionado à adoção das convenções de direito uniforme pelos países, que as torna, por vezes, ineficientes.¹⁹⁶

¹⁹² “*Quanto ao seu conteúdo, o próprio texto convencional reconhece a insuficiência da Convenção frente a todos os aspectos do contrato de compra e venda internacional de mercadorias.*” GAMA JR., Lauro. A Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – 1980: Essa Grande Desconhecida. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 727.

¹⁹³ “*Certain matters were considered to be too controversial for inclusion in the CISG since the national laws differed too much to harmonize the various approaches.*” KRÖLL, Stefan. “Selected Problems Concerning the CISG’s Scope of Application”. *Journal of Law and Commerce*, v. 25, n. 1, p. 16, 2006.

¹⁹⁴ “*Não devemos pôr muito otimismo na uniformização da interpretação do direito unificado, como não devemos pôr muito otimismo no próprio direito uniforme.*” TENORIO, Oscar. O Problema da Interpretação Uniforme dos Tratados de Direito Uniforme. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 359.

¹⁹⁵ “*According to Article 4, the CISG does not govern questions of contract validity. Therefore, only national law applies to the question of whether the contract is the correct manifestation of the parties’ intent.*” KAROLLUS, Martin. Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994. *Cornell Review Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. V. 1 (1995), p. 57.

¹⁹⁶ “*Our model shows that the presence of political and social switching costs can lead to a counter-intuitive result, where new institutional or legal differences may be created as a hands-tying strategy to resist legal change. Formally, this implies that, in some circumstances, a country might even decide to incur a cost to raise its own switching costs. For example, more complicated bureaucratic procedures and red tape might be introduced or new institutions like committees or authorities might be created. Such bodies would strongly oppose change, thus increasing political obstacles. Through these strategies adaptation and switching costs would be purposefully increased to resist legal change. In some instances, lawmakers can give constitutional status to some rules, which would require supermajorities or aggravated procedures for their amendment as a way to warrant the preservation of such rules in the face of future legal change. Likewise, the recognition of specific rules as fundamental principles of the system, thus creating a strong presumption against their modifiability, increases prospective switching costs. Finally, in many systems the use of a referendum to approve changes (like those called in several EU countries to approve the new European Constitution) could be strategically used to preserve the status quo. If voters reject the proposed change, political switching costs would become prohibitive. This result might seem counter-intuitive, given that impediments to international trade flows have repercussions for growth prospects and for per-capita incomes. It would then be plausible to assume that, if countries had the opportunity to do so, they would choose to reduce switching costs to facilitate*

106. Logo, não obstante o interesse acadêmico que estas convenções atraem, fato é que elas também não resolvem a pluralidade de ordens jurídicas que está no cerne do *border effect*. A questão que se põe, portanto, é: seria possível afastar completamente a pluralidade de normas jurídicas? É possível pensar, hoje, em uma uniformização total do direito dos contratos comerciais internacional?¹⁹⁷

107. As propostas de criação de convenções uniformes mais abrangentes ainda são bastante incipientes, seja no plano regional, seja no plano internacional. A ideia de um código comercial global foi proposta, nos círculos acadêmicos, por Gerold Herrmann nos anos 1980.¹⁹⁸

108. O tema, contudo, não era novo. Ainda nos anos 1960, a UNCITRAL cogitou constituir um grupo de trabalho para elaborar uma proposta de convenção comercial global, que abrangesse, de forma ampla, os temas atinentes ao comércio internacional – incluindo a

legal harmonization, at least to the point where the marginal benefit of cost reduction equates the marginal cost of reducing switching costs. Our analysis shows that this is not necessarily the case. This counter-intuitive result is driven by the strategic nature of countries' efforts to reduce the difference among respective legal systems. We find that efforts are strategic substitutes, i.e. the marginal benefit from increasing one country's effort is decreasing in another country's effort. This implies that a country has the incentive to decrease its own effort when another one increases its own. Vice-versa, a country tends to increase its own effort when another decreases it. By raising switching costs, a country credibly commits itself to a low effort, inducing the other countries to increase their effort because of strategic substitutability. Interestingly, the incentive to increase switching costs arises when the other country is expected to exert high levels of harmonization efforts. Countries that can control their own switching costs can thus put themselves in a condition to free ride on other countries' legal harmonization effort. This conclusion can lead to an interesting paradoxical result. As stated above, legal harmonization and unification are cooperative processes, in contrast to non-cooperative trans plantation changes. Being cooperative, such processes require higher levels of harmonization efforts for given adaptation and switching costs. As a consequence, it might well happen that a country has stronger incentives to increase its switching costs when the country expects to enter into a cooperative harmonization plan in the subsequent stage of the game. It is then possible that, due to the strategic incentives to increase their switching costs prior to a cooperative stage, there may actually be less harmonization when countries engage in cooperative efforts than when they proceed non-cooperatively with independent transplantation efforts. Our paradoxical result proves also that the countries' failure to harmonize and reduce legal differences is not a mere coordination problem, as stated by Garoupa and Ogus (2006) and that the institution of a centralized authority would not necessarily help.” CARBONARA, Emanuela; PARISI, Francesco. “The Paradox of Legal Harmonization”. *Public Choice*, v. 132, n. 3/4, p. 401-402, 2007.

¹⁹⁷ “Antes de mais nada, faz-se necessária uma exposição terminológica. Não existe unidade conceitual a respeito dos termos unificação, harmonização e uniformização. A maioria dos autores os utiliza indistintamente.” KULESZA, Gustavo. *Princípio da Mitigação de Danos: Evolução no Direito Contratual*. São Paulo: Juruá, 2015, p. 31. Nesta obra, optamos por categorizar a uniformização como o esforço de unificação total do direito dos contratos comerciais internacionais, enquanto a harmonização se configura como espécie de aproximação dos sistemas jurídicos através de diversas fontes legais.

¹⁹⁸ “Unification on a worldwide level should not be viewed as the ‘arch enemy’ of regional unification; the universal approach is to be preferred if the desirability and feasibility of global unification in a particular field have been established and the regional particularities and needs are duly taken into account in the drafting of the text.” HERMANN, Gerold. “The Contribution of UNCITRAL to the Development of International Trade Law.” In: HORN, Norbert e SCHMITTHOFF, Clive (ed.) *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. Londres: Kluwer Law International, 1982, p. 50.

elaboração de regras *default* para os contratos comerciais internacionais.¹⁹⁹ Essa proposta foi apoiada pelo UNIDROIT. Em nota enviada à UNCITRAL, o órgão propõe a uniformização do direito dos contratos internacionais, verbalizando apoio às iniciativas de uniformização mais amplas do direito dos contratos do comércio internacional.²⁰⁰

109. A iniciativa, contudo, não andou para frente. O sucesso político da CISG, entretanto, fez com que a academia passasse a discutir, de forma mais consistente, a possibilidade da uniformização do direito dos contratos comerciais internacional.²⁰¹ Michael Joachim Bonell, citando um discurso de Ole Lando, assevera que esse debate opôs autores em dois campos: uns, mais influenciados por Anton Thibault (que defendiam a codificação do direito privado); e outros seguidores da visão de Savigny (propondo a manutenção do regime conflitual

¹⁹⁹ A delegação francesa propôs à UNCITRAL elaborar um texto de convenção uniformizando todo o direito do comércio internacional. Na visão da delegação: “A basic convention would be concluded, recognizing that it is for the United Nations to establish a new *jus gentium*, which would constitute a common body of international trade law. By virtue of that basic convention, four principles applicable to the countries adhering to it would be laid down: (1) UNCITRAL would be responsible for establishing appropriate regulations within the various branches of law concerned with international trade; (2) those regulations would constitute the common body of international trade law and, under certain conditions, would automatically enter into force in those countries adhering to the basic convention; (3) in those States, they would henceforth constitute the law applicable to the international legal relations, except in so far as a State had informed the international organization that it did not accept certain provisions proposed by UNCITRAL; (4) a country which rejected or modified a provision of the convention would have to stipulate which rule of its municipal law would replace that provision.” Cf. UNCITRAL. *Yearbook*. V. I (1968-1970). Nova York: Nações Unidas, 1971, p. 289.

²⁰⁰ “The method adopted by UNIDROIT, which has been accepted by other organizations concerned with the unification of law and, very recently, by the United Nations Commission on International Trade Law, was the only method possible during the first phase of unification. At that time there was still a very distinct divergency between the legislative technique employed in the civil law countries and that employed in the common law countries. A unification process entailing codification, even if confined to commercial transactions, would have been bound to fail. It was therefore necessary to try to draw up texts of limited scope which most countries would be likely to accept and to avoid, as far as possible, an consideration of the general principles governing the various legal systems. The definition and interpretation of certain basic concepts was left to the national legislators and judges. The process of unification by sectors has, to some extent, been successful, especially in fields that are intrinsically international in scope, such as air and sea transport, arbitration and cultural property. But like anything built on a shaky foundation, it has proved to have serious weaknesses: contradictory provisions, divergent interpretations due to the lack of commonly held general principles, overlapping and duplication. This method, however, is far from affording international trade law the opportunity to produce satisfactory solutions to specific problems. Consequently, international trade now, as much as ever, needs a real *jus commune mercatorum*, a material law that can govern international relations.” UNIDROIT. *Progressive Codification of the Law of International Trade: Note by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*. In.: UNCITRAL. *Yearbook*. V. I (1968-1970). Nova York: Nações Unidas, 1971, p. 286/287.

²⁰¹ Um dos principais proponentes da adoção de uma convenção uniformizadora do direito do comércio internacional foi Ole Lando: “The need for a Global Commercial Code is already there, and it will grow with the globalisation of communications and commerce. Modern means of communication know no frontiers. When the world becomes one market, that market will require one law, and that law must include general principles of contract law.” LANDO, Ole. “Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification”. *Uniform Law Review*, v. 8, n. 2, p. 372, 2003. Neste mesmo sentido. Cf. LANDO, Ole. *A Global Commercial Code. Recht der internationalen Wirtschaft*. V. 2, 2004.

clássico).²⁰² Aqueles que seguem a visão de Savigny, na analogia de Lando, parecem ter prevalecido: até o momento, nenhum movimento de uniformização do direito dos contratos comerciais internacionais saiu de estágios iniciais.

110. O mais curioso é que mesmo esforços de harmonização regional – onde, em teoria, as chances de sucesso seriam mais prováveis, haja vista a maior integração – também não têm sido produtivos. Na Europa, a Comissão para o Direito Contratual Europeu (também conhecida como *Lando Commission*), formada em 1982 por Ole Lando, gerou os PECL, importante ferramenta do direito não-estatal,²⁰³ mas que não uniformiza o direito europeu.

111. A mais recente iniciativa europeia teve início em julho de 2001, quando a Comissão Europeia iniciou um projeto para o desenvolvimento de um direito privado europeu.²⁰⁴ O produto desse trabalho, o DCFR, foi publicado em 2008,²⁰⁵ mas não teve o impacto esperado.

112. O movimento de uniformização regional mais bem sucedido talvez seja a iniciativa capitaneada pela *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (“OHADA”). Em 1998, a OHADA publicou o *Uniform Act on General Commercial Law*,

²⁰² “Three years ago, at the invitation of the Dutch Ministry of Justice, eminent scholars and practitioners from all over Europe met in The Hague to discuss the advisability and feasibility of preparing a European Civil Code. On that occasion Ole Lando, referring to the controversy between the German jurists Thibaut and Savigny at the beginning of the XIXth century, pointed out that even today there are those who, like Thibaut, strongly advocate the idea of the codification of private law in Europe, and those who, like Savigny, object that such an ambitious project is questionable from a political point of view” BONNELL, Michael Joachim. “Do We Need a Global Commercial Code?” *Uniform Law Review*, v. 3, p. 48, 2000.

²⁰³ “The Principles of European Contract Law delivered by the Commission headed by Professor Ole Lando, represent a fundamental step towards the construction of a common contract law. They have acted as a triggering element: it was only from the time of their publication that the very idea of a European contract law began to take real shape. They also demonstrated that such a work was possible: overcoming the divergence of national laws in the area of contract to show that a common law can be discovered and constructed. The Principles of European Contract Law thus constitute an academic work of considerable importance.” WICKER, Guillaume; RACINE, Jean-Baptiste. Introduction to the Guiding Principles and Revised Principles of European Contract Law. In: FAUVERQUE-COSSON, Bénédicte; MAZARD, Denis (ed.) *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. Munique: Sellier, 2008. p. 31.

²⁰⁴ “The purpose of this Communication is to initiate an open, wide-ranging and detailed debate with the participation of the institutions of the European Community as well as of the general public, including businesses, consumer associations, academics and legal practitioners. In the light of the feedback received, the Commission will, within its right of initiative, decide on further measures. In particular the Commission would like to have views on problems for the functioning of the internal market resulting from the co-existence of different national contract laws.” COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law de 11/07/2001 (COM (2001) 398), §§71-72. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0398:FIN:EN:PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²⁰⁵ Cf. EUROPEAN Parliament Resolution of 3 September 2008 on the common frame of reference for European contract law, 03 set. 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008IP0397&from=EN>. Acesso em: 16 abr. 2023.

emendado em 2011,²⁰⁶ que regula temas gerais do direito comercial, como a qualificação do empresário, a definição de fundo de comércio e representação, bem como a compra e venda.²⁰⁷

113. O *Uniform Act* está em vigor nos dezessete países que compõem a OHADA.²⁰⁸ Com base no seu sucesso, a OHADA iniciou, junto ao UNIDROIT, outro projeto ambicioso: elaborar um *Uniform Act on Contract Law*, unificando todo o direito contratual africano.²⁰⁹ Uma minuta foi elaborada em 2004,²¹⁰ mas, até agora, não foi adotada pela OHADA.²¹¹

114. No plano internacional, o mais recente esforço de uniformização do direito dos contratos comerciais internacionais ocorreu em 2012, quando o Governo da Suíça apresentou à UNCITRAL uma proposta de possível trabalho futuro na área.²¹² Todavia, até onde se tem notícia, essa proposta ainda não foi andou para frente.

²⁰⁶ “The first three uniform acts (*General Commercial Law, Commercial Companies and Economic Interest Groups, and Secured Transactions*) were adopted on April 17, 1997, and entered into force on January 1, 1998. Amendments to the acts on Secured Transactions and General Commercial Law were adopted on December 15, 2010, and entered into force on May 15, 2011.” BEAUCHARD, Renaud e KODO, Mahutodji Jimmy Vital. *Can OHADA Increase Legal Certainty in Africa? Justice and Development Work Series*. V. 17 (2011), p. 9.

²⁰⁷ O Livro 8 do *Uniform Act on General Commercial Law* é bastante inspirado, inclusive, na CISG. Cf. UNCITRAL, HCCH e UNIDROIT. *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales*. Nova York: United Nations Publications, 2021, p. 90, onde se lê: “Based largely on the CISG, the Uniform Act’s provisions on commercial sale state that they apply to contracts for the sale of goods and that, unless otherwise stipulated, a commercial sales contract is subject to the provisions of the Uniform Act when the contracting parties have their main place of business in one of the States parties to OHADA or when PIL rules result in the application of the law of a State party.”

²⁰⁸ Disponível em <https://www.ohada.org/en/general-commercial-law/>. Acesso em: 16 abr. 2023. Segundo o artigo 10 do Tratado de Harmonização do Direito Empresarial em África, assinado em Port – Louis em 1993: “Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.”

²⁰⁹ O projeto é fortemente influenciado pelos Princípios do UNIDROIT. Para um breve histórico sobre a iniciativa, cf. VICENTE, Dario Moura. *A Unificação do Direito dos Contratos em África: Seu Sentido e Limites*. In.: VICENTE, Dario Moura. *Direito Internacional Privado: Ensaios*. V. 3. Coimbra: Almedina, 2010, p. 200-203.

²¹⁰ FONTAINE, Marcel. *OHADA Uniform Act on Contract Law: Explanatory Notes To The Preliminary Draft*. Disponível em <https://www.unidroit.org/english/legalcooperation/OHADA%20explanatory%20note-e.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023. A minuta preliminar do documento pode ser encontrada em <https://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2008-1&2/593-631.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²¹¹ “L’avant-projet d’acte uniforme sur le droit des contrats a été transmis aux commissions nationales de l’OHADA pour examen au cours de l’année 2005. Plus de deux années après cette transmission, le processus d’adoption n’est pas abouti et semble même bloqué.” MAYER, Pierre. *L’Avant-Projet d’Acte Uniforme OHADA sur le Droit des Contrats*. *International Business Law Journal*, n. 3, 2008. p. 292.

²¹² “Switzerland is of the view that time has come for UNCITRAL to reflect on these issues of general contract law in the context of international sales — and possibly other types of — transactions from a global perspective. Regional endeavours to harmonize and unify general contract law cannot meet the needs of international trade. Rather, different legal regimes in different regions lead to fragmentation. Instead of saving transaction costs and thus facilitating cross-border trade, international contracting may become even more complicated. Regional unification adds yet another layer to domestic rules and the well-established instrument of the CISG.”

115. Como se vê, nenhum dos mecanismos institucionais existentes, hoje, no plano internacional consegue, por si só, aplacar o “*border effect*”. Pelo contrário: o direito internacional privado clássico e o movimento mais recente de harmonização do direito contratual internacional não só não têm o condão de mitigar os efeitos decorrentes desse fenômeno, como também amplia os riscos da pluralidade de ordens jurídicas que o caracteriza, tornando-se insustentável, por uma perspectiva pragmática, cogitar a manutenção do *status quo* sem limitar dramaticamente o potencial de fluxo do comércio entre os Estados.

2.3. TENTATIVAS ANTERIORES DE FORMULAÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA INTERNACIONALISTA PARA OS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

116. Diante da insuficiência dos meios institucionais na mitigação do risco causado pela pluralidade de ordens jurídicas, surge uma nova perspectiva, puramente internacionalista. Nela, defende-se uma ruptura entre o contrato e o direito doméstico, seja pela aplicação de normas supraestatais,²¹³ seja pelo afastamento de regimes jurídicos domésticos da realidade contratual.²¹⁴ Neste capítulo, abordaremos as três principais propostas deste segmento doutrinário: (1) os *contrats sans loi*; (2) a *lex mercatoria* como sistema legal autônomo; e, por fim (3) a *lex mercatoria* como metodologia hermenêutica, examinando suas bases teóricas e expondo as principais críticas feitas pela doutrina à essas diferentes hipóteses.

Additionally, in many instances, not only does the terminology used in the general contract law instruments differ from that of the CISG, which in itself leads to confusion; frequently, there will also be contradicting solutions to one and the same legal problem. Finally, regionalization of legal systems reduces the number of cases decided on a truly international level and hence has a negative impact on the predictability of the outcomes” UNCITRAL. Possible Future Work in the Area of International Contract Law: Proposal by Switzerland. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/729645?ln=en>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²¹³ “*Due to the increasingly international nature of commerce, nations and the business community have taken steps to give commercial regulation a more global and consistent character. This has been accomplished by national legislation, the international treaty process and commercial self-regulation. Commercial self-regulation is perhaps most appropriate to international commercial transactions in those areas which do not impinge upon national public policy.*” CREMADES, Bernardo; PLEHN, Stephen. The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions. *Boston University International Law Journal*, v. 2, n. 3, 1984. p. 347.

²¹⁴ “*The contract governs all aspects of the respective trade and provides a perfect basis for possible conflict solutions without the necessity of recourse to national legal systems. Thus, the framework contract can be considered as a self-regulatory contract (‘contrat sans loi’ or ‘rechtsordnungsloser Vertrag’), which is not related to any national legal system, yet generates much discussion in the literature*” KONRADI, Wioletta. The Role of Lex Mercatoria in Supporting Globalised Transactions: An Empirical Insight into the Governance Structure of the Timber Industry. In: GESSNER, Volkmar. (ed.). *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*. Oxford: Hart, 2009. p. 69.

2.3.1 OS *CONTRATS SANS LOI*

117. Na visão tradicional, os contratos são atos jurídicos eminentemente estipulados pelo direito doméstico.²¹⁵ A doutrina positivista clássica sequer cogitava a hipótese de existência de um contrato internacional – na visão de Hans Kelsen, por exemplo, apenas os contratos entre Estados (ou tratados) teriam natureza de ato jurídico internacional.²¹⁶

118. Em contraponto, a doutrina internacionalista começou a vislumbrar a possibilidade da existência de contratos desvinculados ao ordenamento jurídico doméstico.²¹⁷ Um dos precursores desse movimento foi Alfred Verdross: estudando os contratos de investimento celebrados entre Estados e investidores estrangeiros, o autor austríaco formulou a hipótese de um contrato completamente desconectado da ordem jurídica doméstica.²¹⁸

119. Essa visão logo foi transposta, também, para os contratos comerciais transfronteiriços. Patrice Level, um dos principais expoentes da doutrina dos *contrats sans lois*, conceitua estas avenças como instrumentos desconectados de um sistema jurídico.²¹⁹

²¹⁵ “It is a remarkable fact – as remarkable as the world-wide acceptance of the rule of law and the universal application of the juridical concept of corporateness – that the law of international trade shows a striking similarity in all national systems. This is remarkable because the law of international trade is regarded in every country as a branch of the municipal system of law and it is well-known that municipal laws differ in their fundamental aspects, as the result of differences in the economic and social structure, political and constitutional organization and legal tradition of the various countries.” SCHMITTHOFF, Clive. *The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation*. In: SCHMITTHOFF, Clive. *The Sources of the Law of International Trade with Special Reference to East-West Trade*. Londres: Stevens & Sons, 1964, p. 3.

²¹⁶ “Con el término ‘contrato’ se designa un estado de hecho del orden jurídico interno. Pero el mismo estado de hecho existe igualmente – bajo el nombre de ‘tratado’ – en derecho internacional.” KELSEN, Hans. *El Contrato y el Tratado analizados desde el Punto de Vista de la Teoría Pura del Derecho*. Cidade do México: Imprenta Universitaria, 1943. p. 1.”

²¹⁷ “Le contrat sans loi est généralement associé chez les internationalistes à un sentiment de profonde lassitude. Il fait partie de ces notions un peu usées qui entretiennent le souvenir de débats stériles et parfois obsolètes et qui, pour de raisons mystérieuses, ont du mal à quitter le devant de la scène.” GANAGÉ, Léna. *Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques: retour sur un mal-aimé*. In: FOYER, J.; COURBE, P. et al. *Le monde du droit: mélanges offerts à Jacques Foyer*. Paris: Economica, 2008. p. 417.

²¹⁸ “The contract, created by a quasi-international agreement, is an independent legal order, regulating the relation between the parties exclusively. Naturally, the *lex contractus* may refer, for its interpretation or the filling up of eventual gaps, to the legal order of the contracting State, or of the other Party, or to international law. But these legal orders can only be applied in as much as they are delegated by the *lex contractus*, because it is the mutual rights and duties of the parties.” VERDROSS, Alfred. “The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses”. In.: *International and Comparative Law Center. Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments*. Albany: M. Bender, 1964. p. 125.

²¹⁹ “[L]a faculté des contractants de s'affranchir dans les relations internationales de tout rattachement à un système juridique étatique, ce qui semble impliquer, par l'élimination de toute loi applicable au contrat, la disparition du problème de conflit.” LEVEL, Patrice. *Le contrat dit sans loi. Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1967. p. 209.

120. De acordo com esse paradigma, o contrato, por si só, eliminaria os riscos inerentes à pluralidade normativa.²²⁰ Essa visão tem origem no clássico *laissez-faire* econômico-liberal do fim do século XIX e início do século XX.²²¹ Seus proponentes afirmam que esse mecanismo evitaria, inclusive, o comportamento oportunista.²²²

121. Essa proposta nunca ganhou muita aderência.²²³ Afinal, a desconexão do contrato de um regime jurídico – seja doméstico ou internacional – retira do contrato seu principal efeito: a possibilidade de coagir a parte a cumprir suas obrigações. Segundo Symeon Symeonides, trata-se o direito internacional privado rejeita, claramente, essa noção.²²⁴

²²⁰ “From the standpoint of policy prescriptions, in general it is true that the market leads to the selection of efficient rules in a higher number of cases than the state. Also, open choice-of-law regimes are more suited to overcome the barriers imposed by switching costs and to destabilize countries’ inefficient legal rules. In this respect we can say that the market outperforms the state in the selection of rules.” CARBONARA, Emanuela; PARISI, Francesco. “Choice of Law and Legal Evolution: Rethinking the Market for Legal Rules”. *Public Choice*, v. 139, n. 3, p. 486, 2009.

²²¹ “Essentially, the *lex mercatoria* is a doctrine of *laissez faire*. In very many parts of the world it is considered that the exercise of free consent by individual parties must be subordinated to broader economic and political considerations bearing on international trade.” MUSTILL, Michael. *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 14, n. 54, p. 203-237, 2017. p. 235.

²²² “The polarization between formalists and contextualists is real and possibly quite deep. To see how deep, consider the relationship between equity and the rule of law. Many of equity’s opponents invoke the rule of law against equity: equity is too unpredictable, too unstable, and so on. It offends the positivistic strand of rule of law thinking in invoking open-ended sounding moral standards. Equity as anti- opportunism provides a partial answer to these concerns. Anti-opportunism is a function that can be cabined, and equity draws on custom and other sources that make it less than completely free floating. Further, the rule of law criteria themselves can be opportunistically evaded. As is well known, law can check all the boxes of the rule of law criteria – transparency, nonretroactivity, and the like – and still be bad, or even evil, law.” SMITH, Henry E. “Equity as Second-Order Law: The Problem of Opportunism”. *Harvard Public Law Working Paper No. 15-13*, p. 73, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2617413. Acesso em: 16 abr. 2023.

²²³ Sobre a aderência do tema nos círculos acadêmicos europeus, cf. PAUKNEROVÁ, Monika. *The “Contrat sans Lois”*. In: Dalloz. (ed.). *Vers de Nouveaux Équilibres entre Ordres Juridiques : Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*. Paris: Dalloz, 2008, p. 776-777. Tratando especificamente sobre o tema nos Estados Unidos, Symeon Symeonides afirma que “The expression “contract with no governing law” (*contrat sans lois*) has not been imported in the United States. Not a single reported American judicial decision has used this expression or its equivalents, such as ‘contract subject to no law,’ or ‘contract without law.’ The same is true of writings published in legal periodicals and treatises available on electronic data-banks”. SYMEONIDES, Symeon. “Contracts Subject to Non-State Norms”. *American Journal of Comparative Law*, v. 54, p. 209, 2006. Fornecendo uma visão mais internacional sobre o tema, Pierre Lalive afirma que “*Tout contrat, qu’un Etat y soit partie ou non, implique nécessairement l’existence d’un ordre juridique supra-conventionnel, ne fût-ce que pour la raison bien simple que jamais le contrat (même riche de centaines ou de milliers d’articles) ne pourra tout prévoir et se passer, pour son interprétation et son explication, de référence à des normes extérieures.*” LALIVE, Pierre. *Refléxions sur l’Etat et ses Contrats Internationaux*. Genebra: Institut Univesitaire de Hautes Etudes Internationales, 1976. p. 19.

²²⁴ “The expression ‘contract with no governing law’ is an exaggerated figure of speech that is too inaccurate to be allowed to take roots. Each and every contract is governed by a certain law. This is true even in the case of a contract that purports to be fully self-sufficient or autonomous, namely a contract which the parties intended to subject exclusively to minutely-detailed clauses contained in the contract. What makes these clauses enforceable is not the parties’ volition alone, but rather the right of each party ultimately to coerce the other party (whether through recourse to arbitration or judicial action) to abide by these clauses. In the modern

122. A legislação atual parece concordar com o autor americano. A lei europeia, por exemplo, não autoriza a desvinculação dos contratos da ordem jurídica estatal. Nem a Convenção sobre a Lei Aplicável à Obrigações Contratuais, assinada em Roma em 1980 (“Convenção de Roma”)²²⁵ nem o Regulamento (EC) n.º. 593/2008 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (“Regulamento Roma I”), que a substituiu, permitem tal abordagem.²²⁶

123. Uma das legislações domésticas que autoriza o afastamento completo do contrato de um ordenamento jurídico doméstico é a lei brasileira.²²⁷ Em que pese o fato de o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”) não autorizar, em teoria, a escolha de lei pelas partes,²²⁸ o artigo 2º, *caput*, da Lei 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”) afirma que “[a] arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.”

legal system, this coercion remains the monopoly of the State and is reflected in its laws.” SYMEONIDES, Symeon. Rapport Américain. In.: GANNAGÉ, Léna. “Le contrat sans loi en droit international privé”. In: BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ERP, Sjb (org.). *Rapports généraux du XVIIe congrès de l’Académie internationale de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 277.

²²⁵ “Under the traditional and prevailing view, the choice of the law applicable to international agreements is limited to a particular domestic law. This is the position in the European Union under the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 1980 O.J. (L 266) 1 (“Rome Convention”), which unifies the conflict of law rules for contracts within the Member States of the European Union.” GABRIEL, Henry Deeb. “The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been?” *Michigan Journal of International Law*, v. 40, n. 3, p. 423, 2019.

²²⁶ No que tange o Regulamento Roma I, a Comissão Europeia propôs a possibilidade de as partes afastarem a aplicação de um direito doméstico em prol de uma norma de direito não-estatal – a proposta não previa, contudo, o afastamento de normas jurídicas da realidade contratual. De qualquer sorte, essa proposta acabou rejeitada. Cf. SCHWARCZ, Steven. “Soft Law as Governing Law”. *Minnesota Law Review*, v. 104, p. 2.476, 2020, nota 24. Ao comentar a proposta, os pesquisadores membros do *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, ainda que simpáticos à aplicação de regras de direito não-estatal, também não apoiavam a possibilidade dos *contrats sans loi*. Neste sentido, cf. BASEDOW, J. *et al.* Max Planck Institute Working Group on Rome I, Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I). *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 71, 2007, p. 230, onde se lê: “The Institute endorses the European Commission’s decision to allow parties of cross-border contracts to choose internationally recognised principles and rules of substantive law as the applicable law pursuant to Arti 3(2) subpara. 1 Rome I-P. substantive law as the applicable law pursuant to Arti 3(2) subpara. 1 Rome I-P. The Institute further appreciates the Commission understanding of this provision as expressed in the Explanatory Memorandum: The parties should only be entitled to choose a qualified body of ru such as the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), or the Principles of European Contract Law (PECL) while the so-called *lex mercatoria*, or private codifications not adequately recognised by the international community such as standard contract forms should no eligible.”

²²⁷ Para um apanhado de outras legislações domésticas que incluem a possibilidade de resolução de disputas por equidade, cf. DELLA VALLE. Martim, *Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 252-263.

²²⁸ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), contudo, autoriza a escolha da lei aplicável nos contratos internacionais. Neste sentido, cf. REsp 1.280.218/MG. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Votovencedor: Min.: Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 21.06.2016, onde o STJ decidiu que “[e]m contratos internacionais, é admitida a eleição de legislação aplicável”.

124. Esse dispositivo, inspirado no artigo 33(2) da redação original das Regras de Arbitragem da UNCITRAL de 1976,²²⁹ autoriza as partes a optarem por afastar a aplicação do direito doméstico em prol da solução por equidade. Segundo Martin della Valle: “[e]stabelecida a mecânica do juízo de equidade, verifica-se que, qualquer que seja o método adotado, o efeito final será o da possibilidade de derrogação do direito positivo”.²³⁰

125. Todavia, essa proposição é muito mais teórica do que prática.²³¹ A verdade é que, de uma perspectiva hermenêutica, faz sentido rejeitar a possibilidade de os contratos internacionais serem completamente desconectados de qualquer ordem jurídico.²³²

126. Se as partes não puderem repousar o contrato em um sistema jurídico que estabeleça regras de integração e interpretação, haverá ainda mais insegurança – e, portanto, custo e ineficiência.²³³ Por isso é que não se vislumbra, hoje, grande utilização dessa prerrogativa na prática arbitral brasileira.

127. Além da perspectiva pragmática, há, também, uma intrínseca dificuldade teórica inerente à dogmática dos *contrats sans loi*. Ainda que a propositura de um contrato completamente desconectado de um ordenamento jurídico fosse plausível, ainda assim seria impossível afastá-lo, completamente, da lei.²³⁴ Segundo Giuditta Cordero-Moss, mesmo um

²²⁹ Art. 33(2). The arbitral tribunal shall decide as *amiable compositeur* or *ex aequo et bono* only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so and if the law applicable to the arbitral procedure permits such arbitration. A mesma regra consta, hoje, do artigo 35(2) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL.

²³⁰ DELLA VALLE, Martin, *Arbitragem e Equidade: uma abordagem internacional*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 142.

²³¹ Portanto, embora encontrem-se opiniões sobre a frequência da arbitragem por equidade, o fato comprovado pelas estatísticas da CCI é que a utilização da arbitragem por equidade é bastante reduzida no total de arbitragem. *Ibid.*, p. 271.

²³² “D’une part, il paraît toujours nécessaire de s’en remettre à une loi étatique pour les matières qui ne sont pas soumises au droit contractuel, en ce qui a trait à la forme du contrat ou à la capacité des parties¹²⁴, notamment¹²⁵. D’autre part, une loi étatique est nécessaire pour interpréter le contrat et combler les lacunes des règles matérielles choisies par les parties” SABOURIN, Frédérique. “Le Contrat Sans Loi en Droit International Privé Canadien”. *Revue Québécoise de Droit International*, v. 19, n. 2, p. 61, 2006.

²³³ “Yet, apart from the fact that in so doing the parties often encounter insurmountable difficulties arising from the language barriers between them and the absence of internationally uniform legal terminology on which they can rely, in the case of disputes, even such supposedly self-regulatory contracts or ‘contrats sans loi’ cannot do without a general legal framework to which to resort for their proper interpretation and implementation” BONELL, Michael Joachim. “The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles”. *Uniform Law Review*, v. 23, n. 1, p. 18, 2018.

²³⁴ “Não obstante, da forma como o argumento é desenvolvido, a proteção à autonomia da vontade parece ser uma petição de princípios sem referência a um contexto no qual deva ser inserido e compreendido o contrato - um verdadeiro *contract sans loi*, para utilizar um termo utilizado nos debates sobre a *lex mercatoria*. Quiçá, pretenda-se até mesmo um *contract sans droit*, por mais absurdo que essa idéia possa parecer.” MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 29.

contrato regido pelo direito não estatal dependeria, no fim, da aplicação de um direito estatal que o integrasse em caso de lacunas na vontade das partes.²³⁵

128. Esse fato é particularmente premente no mundo dos contratos complexos. Sua inerente incompletude torna necessária a existência de ferramentas legais para sua integração e interpretação – que nem sempre estarão previstas na própria avença. Mesmo aqueles que defendem uma perspectiva mais autonomista dos contratos comerciais internacionais refutam a possibilidade teórica dos *contrats sans lois*.²³⁶

129. Portanto, o fato de a solução dos *contrats sans lois* não atingir maior tração parece ser função de uma falha fundamental, tanto de natureza prática e quanto dogmática. Noves fora a relevância da autonomia da vontade no direito contemporâneo,²³⁷ fato é que a vontade das partes não tem o condão de formular um sistema próprio por si só.

2.3.2 A LEX MERCATORIA COMO SISTEMA LEGAL AUTÔNOMO

130. A teoria autonomista que mais angariou notoriedade na doutrina contemporânea²³⁸ foi a que propõe a existência de um sistema legal transnacional aplicável aos contratos comerciais

²³⁵ “Even a contract that expressly excludes application of a governing law (alternative a. above), or a contract that the parties expressly have subjected to the *lex mercatoria*, UNIDROIT principles or other restatement of general principles (alternative b. above), is ultimately subject to a national system of law. The *lois de police* and the *ordre public* of the governing law may not be excluded (this is expressly affirmed also in the UNIDROIT Principles article 1.4 and in the PECL article 1:103).” CORDERO-MOSS, Giuditta. “Rapport Norvégien”. In: GANNAGÉ, Léna. *Le Contrat sans Loi en Droit International Privé: Rapport général. 17ème congrès de l’Académie internationale de droit compare. Electronic Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 3, p. 2, 2007.

²³⁶ “It is impossible for the parties to achieve complete and absolute independence from national law by adopting an international standard contract. The international standard contract is thus an effective and valuable device of conflict avoidance but, unlike the technique of confirmation developed by commercial practice in the form of bankers’ commercial credits and confirming houses, is not a total conflict-avoidance device” SCHMITTHOFF, Clive. “The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions”. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 17, n. 3, p. 565, 1968. Neste mesmo sentido, cf. SCHMITTHOFF, Clive. “Standard Contract and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations”. In: *New Directions in International Trade Law. Acts and Proceedings of the Second Congress on Private Law Held by the International Institute for the Unification of Private Law*. UNIDROIT, Rome-N.Y., 1977, p. 184.

²³⁷ “Mais un si remarquable plébiscite international de l’autonomie ne doit pas masquer les profondes transformations qui en affectent le sens et la portée. En effet, si on situe vers le milieu du XXe siècle l’émergence du principe d’autonomie dans son expression actuelle, le demi-siècle qui vient de s’écouler lui a imprimé les effets économiques des mutations atteignant simultanément la structure de l’espace politique international.” MUIR-WATT, Horatia. “La Fonction Économique du Droit International Privé”. *Revue Internationale de Droit Économique*. V. 23, n. 1, p. 107-108, 2010.

²³⁸ “Ce n’est guère qu’à l’occasion de la querelle de la *lex mercatoria*, qui a occupé une large partie du débat théorique dans la seconde moitié du XXe siècle, que certains échanges entre spécialistes de l’arbitrage et philosophes du droit ont eu lieu” GAILLARD, Emmanuel. Aspect Philosophiques du Droit de l’Arbitrage International. *Recueil des Cours, Leiden*, n. 329, 2007. p. 63.

internacionais. A chamada *lex mercatoria* tem um fundamento jurisdicional: a inexistência de um sistema jurídico conflitual aplicável à arbitragem internacional autorizaria o árbitro a buscar soluções diferentes para a determinação da lei aplicável à uma disputa sujeita à arbitragem.²³⁹

131. O precursor do movimento, Berthold Goldman, define a chamada *lex mercatoria* como um direito consuetudinário, natural do comércio internacional.²⁴⁰ Na visão de Goldman, esse sistema legal seria composto pelos usos, costumes e princípios gerais do direito dos contratos do comércio internacional.

132. Segundo o autor franco-romeno, o que diferencia a *lex mercatoria* dos *contrats sans lois* é, justamente, a existência de normas supraestatais.²⁴¹ Goldman justifica sua posição no caráter econômico da relação comercial.²⁴² Segundo ele, essas relações produziriam princípios

²³⁹ “In the absence of any indication by the parties as to how the arbitrators should determine the applicable law, the relevant arbitration statutes do not always impose a specific method on the arbitrators (§ 1). Like the AAA, ICC or LCIA Rules, they instead often allow the arbitrators to choose from a number of different methods used to select the rules of law applicable to the dispute” GAILLARD, Emmanuel e SAVAGE, John. (ed.) Fouchard Gaillard Goldman on International Arbitration. A Haia: Kluwer Law International, 1999, p. 866. Nesta mesma linha: “Contrairement au juge, l’arbitre international n’est ‘pas tenu de suivre les règles de conflit d’un pays plutôt que d’un autre. Ceci n’est plus sérieusement contesté en doctrine. [...]” DERAIS, Yves. Les Normes d’Application Immédiate dans la Jurisprudence Arbitrale Internationale. In.: FOUCHARD, Philippe *et al.* *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, 1982, p. 32.

²⁴⁰ “Or, l’expérience atteste que fréquemment, ils [les arbitres] ne le chercheront pas dans une loi étatique, ni dans un traité international, mais dans un “droit coutumier” du commerce international - *lex mercatoria* - dont il serait vain de chercher s’ils la constatent ou l’élaborent, car les deux démarches sont intimement mêlées, comme chaque fois qu’un juge exerce une telle activité.” GOLDMAN, Berthold. *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9 1964, p. 183.

²⁴¹ “Les contractants, du reste, ne manquent pas d’y inviter les arbitres, en se refusant à choisir une loi étatique pour régir leurs rapports, voire en déclarant expressément qu’ils n’entendent pas s’y référer. Mais en dépit d’une confusion tenace, cela ne signifie pas que dans leur esprit, ils entendent conclure un “contrat sans loi”, ni même que le contrat, considéré comme un ensemble de “normes individuelles”, doive entièrement se suffire à lui-même; ils sentent, au contraire, fût-ce confusément, la nécessité de le placer dans le cadre de normes générales, mais pensent aussi que ces normes peuvent être trouvées dans le droit professionnel, dans les usages, ou dans les principes généraux dépassant les frontières nationales.” GOLDMAN, Berthold. *Ob. Cit.*, p. 184-185.

²⁴² “Cette expérience est celle des normes originales du commerce international, étant aussitôt précisé que dans cette expression, le mot “commerce” n’est pas employé, il va de soi, dans le sens très étroit du langage courant, ni même dans celui, déjà plus large, qu’il revêt dans la terminologie du droit français interne. Il couvre en effet - se rapprochant ainsi du *commercium* des Romains - l’ensemble des relations économiques internationales, à la seule exception de celles qui ne mettent en présence que des collectivités publiques agissant selon les procédés qui leur sont propres. On y englobera, en d’autres termes, les rapports internationaux d’échange auxquels participe au moins une entreprise privée (ou une entreprise publique n’y faisant point usage des prérogatives dont elle est investie comme telle) - l’autre participant pouvant être, soit une entreprise de même nature, soit une personne morale de droit public, comme une organisation internationale, ou plus pratiquement un État ou une collectivité publique subordonnée (ainsi dans l’hypothèse fréquente, et de grand intérêt, des investissements dans les pays en voie de développement).” GOLDMAN, Berthold. *Op. Cit.*, p. 177.

desconectados do direito doméstico, constituindo, assim, um real sistema jurídico autônomo.²⁴³

133. Outros proponentes da visão autonomista da *lex mercatoria* justificam sua ocorrência na existência de um suposto direito supranacional, originado da práxis do comércio no período da Idade Média,²⁴⁴ antes, portanto, da positivação do direito doméstico.²⁴⁵ A precisão dessa narrativa tem sido questionada na doutrina contemporânea.²⁴⁶ Em seu robusto estudo histórico,

²⁴³ "Or on constate, chaque jour davantage, que ces relations paraissent échapper à l'emprise d'un droit étatique, voire d'un droit uniforme intégré dans la législation des États qui y ont adhéré, pour être aménagées et gouvernées selon des normes d'origine professionnelle, ou des règles coutumières et des principes que des sentences arbitrales révèlent, à moins qu'elles ne les élaborent. "directives de conduite" sont-elles des règles de droit et les comportements qu'elles déterminent sont-ils juridiques ? La question vaut la peine d'être posée, non seulement en raison de l'ampleur et de l'importance des activités qu'elle concerne, mais aussi parce qu'elle fait clairement apparaître certaines des difficultés spécifiques de la séparation entre le domaine du droit, et de ce qui lui est étranger. Par leur genèse, comme par leur mécanisme d'implantation, ces "normes" du commerce international pourraient en effet n'être considérées, à premier examen, que comme des usages ou des pratiques spontanées, c'est-à-dire comme des comportements à qui leur simple répétition dans un milieu professionnellement caractérisé (et de la même manière limité) ne suffirait pas à conférer la dignité de règles de droit, voire de règles tout court. D'autre part, s'agit-il même de règles, peut-on les considérer comme juridiques, dès lors que ceux entre lesquels se nouent les relations qui leur obéissent ne forment pas une société humaine politiquement organisée en État, mais tout au plus une collectivité elle-même spontanée, assez distendue, et échappant à tout cadre étatique?" GOLDMAN, Berthold. *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9 1964. p. 177-178.

²⁴⁴ "A *lex mercatoria* with universal purport, which Maitland called the 'private international law of the Middle Ages,' developed after the Dark Ages, when trade and commerce once again brought together merchants from many parts. The rules that governed their transactions were not purely local in nature. Nor, however, were they derived from the other supranational systems of the times, the revived *ius civile* elaborated by law teachers in Upper Italy and the Catholic Church's canon law. Rather, the emerging law merchant, which amounted to a 'rebirth of the old *jus gentium* of the Mediterranean,' had to develop institutions, such as negotiable instruments, for which these legal systems offered no counterpart to deal with the exigencies of commercial transactions that did not respect territorial boundaries." JUENGER, Friedrich. "Lex Mercatoria and Private International Law". *Louisiana Law Review*, v. 60, n 4, p. 1.134-1.135, 2000.

²⁴⁵ "The story usually starts with the merchants' courts which were adjuncts of the great fairs at which much of medieval trade was conducted. These piepowder courts were in operation as early as Bracton's time in the thirteenth century, dispensing summary justice based not on the law of England but on the customs of the merchants." HONNOLD, John. *The Influence of the Law of International Trade on the Development and Character of English and American Commercial Law*. In.: SCHMITTHOFF, Clive. *The Sources of the Law of International Trade with Special Reference to East-West Trade*. Londres: Stevens & Sons, 1964, p. 70. Nesta mesma linha: "The European commercial laws have their roots in the special commercial law which developed in the Middle Ages." CAEMMERER, Ernst von. *The Influence of the Law of International Trade on the Development and Character of the Commercial Law in the Civil Law Countries*. In.: SCHMITTHOFF, Clive. *The Sources of the Law of International Trade with Special Reference to East-West Trade*. Londres: Stevens & Sons, 1964, p. 88.

²⁴⁶ "We do not find anyone in the Middle Ages arguing that *lex mercatoria* is part of a transnational body of law, though the fact that alien merchants would agree to abide by it suggests that there was at least some legal *lingua franca* by which overseas trade was conducted." DONAHUE Jr., Charles. "Medieval and Early Modern *Lex mercatoria*: an attempt at the *probatio diabolica*". *Chicago Journal of International Law*, V. 5, n. 1, 2004, p. 26. Conclusão semelhante foi atingida por Ralf Michaels: "In many texts, the historical antecedents are mentioned in one or a few sentences, without providing any evidence for the claim. This is so even in works that otherwise use lots of evidence elsewhere for claims made on modern *lex mercatoria*. These other texts contain often relatively lengthy accounts, but the evidence is used only selectively. Often, the only authors cited for the historical evidence are not historians, but are other writers on modern *lex mercatoria*." MICHAELS, Ralf. "Legal Medievalism in *Lex Mercatoria* Scholarship". *Texas Law Review*, v. 90, n. 5, p. 261, 2012.

Emily Kadens concluiu que os costumes criados pelos comerciantes da antiguidade tinham natureza local, e apenas os comerciantes daquela região ou setor conheciam tais costumes.²⁴⁷

134. O tema é, de fato, controverso.²⁴⁸ Ante tamanho debate, parte da doutrina que suporta a noção de existência de uma *lex mercatoria* migrou para uma narrativa diferente. Capitaneada

²⁴⁷ “If merchants did not create uniform and universal customs but rather used local law when they needed to supplement their common contract forms and, in some instances, even asked the courts and governments to legislate a rule for them precisely because of the instability of custom, then not only does this challenge the law merchant myth, but it also calls into question the assumption of many international commercial arbitrators and of Article Two of the Uniform Commercial Code that decision makers should look to merchant usage to decide disputes. If custom is local or network dependent, then only trading partners who are proven to belong to the same trading community should be held to know the custom and to understand it in the same way.” KADENS, Emily. The Myth of the Customary Law Merchant. *Texas Law Review*, v. 90, n. 5, p. 1153-1206, 2012. p. 1.205.

²⁴⁸ Mesmo os críticos do discurso medievalista da *lex mercatoria* não afastam completamente a noção de que o direito contratual não se origine da práxis comercial. Se de fato não existia, à época, um conjunto de normas comerciais transfronteiriças, havia, sim, regras e costumes locais aplicadas tanto para comerciantes da região como para os de outras partes do globo que viajavam para comprar e vender bens naquele mercado – costumes esses que foram, posteriormente, positivados como direito estatal: “Merchants, too, occasionally settled for long periods in foreign towns. Sometimes they even became citizens. These merchants served as middlemen, communicating across cultures and customs, and helping their countrymen navigate local laws and mores. Given all these adjuncts to trade, foreign merchants, who might remain in a town for months during the pendency of a fair and return there regularly each year, had plenty of avenues by which to learn whatever local laws and customs governed the contracts they made.” *Ibid.*, p. 1.204. Comentando o desenvolvimento do direito comercial inglês, J.H. Baker afirma que: “[I]n the early seventeenth century, the pleadings in *assumpsit* were ‘simplified’, following the recognition of a ‘novel principle’ that mercantile custom could originate a legal duty upon which the plaintiff could declare in an action on the case. This, however, was attended by two technical difficulties arising from the common-law requisites of a valid custom. First, a custom had to be of immemorial antiquity; but this never gave difficulty in practice and, according to Mr. Holden, was eventually held to be unnecessary. Second, the custom had to be of local application; but in 1666, by ‘one of the boldest fictions known in our legal history,’ the courts declared that the custom was part of the law of the land and therefore applied to all persons, while in 1693 it was settled that such a custom did not need to be laid in any particular locality. The final stage was for the courts to take judicial notice of mercantile custom and to treat it as part of the law.” BAKER, John Hamilton. “The Law Merchant and the Common Law before 1700”. *Cambridge Law Journal*, v. 38, n. 2, p. 296-297, 1979. Essa visão intermediária é corroborada pelo estudo histórico do direito comparado. Neste sentido: “No século XIX, a compilação de Justiniano foi substituída por uma codificação baseada em princípios racionais do Iluminismo. Ela estabelece, por um lado, aqueles usos comerciais que se organizaram de modo autônomo (códigos comerciais) e, por outro, aquela parte remanescente do direito privado que se ocupava das relações entre indivíduos não compreendidas na matéria comercial (códigos civis).” LOSANO, Mario. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 58. Essa práxis comercial, anterior, portanto, ao direito positivo moderno – e, na sua essência, supraestatal –, é consistente com a observação feita por diversos estudos sobre o direito comercial, que demonstram uma propensão histórica de alguns setores em rejeitar o direito estatal em prol de um conjunto de normas específicas para o setor. Cf., e.g., BERNSTEIN, Lisa. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. 21, p. 115-157, 1992. p. 115; BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, n. 7, p. 1724-1790, 2001 e KONRADI, Wioletta. The Role of *Lex Mercatoria* in Supporting Globalised Transactions: An Empirical Insight into the Governance Structure of the Timber Industry. In: GESSNER, Volkmar. (ed.). *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*. Oxford: Hart, 2009. p. 49-86. O mais relevante desses estudos talvez seja o exame da indústria do diamante, conduzido por Lisa Bernstein. Nele, a autora conclui que: “The Diamond industry has systematically rejected state-created law. In its place, the sophisticated traders who dominate the industry have developed an elaborate, internal set of rules, complete with distinctive institutions and sanctions, to handle disputes among industry

por Clive Schmitthoff,²⁴⁹ esta corrente advoga por um foco na uniformização do direito dos contratos do comércio internacional pelo direito não-estatal.²⁵⁰

135. Não se trata, portanto, de uma narrativa calcada nos valores históricos do comércio internacional. Trata-se, sim, de uma tentativa de propor normas que harmonizem este ramo do direito com base em princípios comuns às diversas tradições jurídicas.²⁵¹

136. Estes instrumentos representam, sem dúvida, um grande avanço na batalha contra a pluralidade de ordens jurídicas e o *border effect*. Todavia, sua utilidade prática é limitada.

members.” BERNSTEIN, Lisa, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, *op. cit.*, 1992, p. 115.

²⁴⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. “A Autonomia da Nova *Lex Mercatoria* e a Estabilização das Relações Comerciais Internacionais”. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 2, n. 6, p. 4804-4805, 2013.

²⁵⁰ Nesta obra, nos referiremos a eles como instrumentos de direito não-estatal. Em primeiro lugar, pois o termo *soft law*, em que pese sua aderência, não nos parece transmitir o correto valor que esses instrumentos têm para a hermenêutica do direito dos contratos comerciais internacionais, como será abordado mais adiante. Segundo pois o termo “direito não-estatal” nos parece contrastar melhor esses instrumentos com os instrumentos de direito estatal (seja ele doméstico ou internacional), facilitando, assim, a compreensão do leitor.

²⁵¹ “*The law of international trade emerges in our day as a body of autonomous legal rules, to a large measure independent of national systems of law, founded on the universally recognized twin principles of freedom of contracting and recognition of commercial arbitral awards, and supplemented by international legislation dealing with specific topics. This new lex mercatoria is formulated in general conditions of sale and standard forms of contract accepted by the international business community and in international conventions and uniform statutes incorporated by states into their municipal law. Founded as it is on the universal practice of international business, on the commonsense of businessmen in all parts of the globe, the new law merchant is common to all countries engaged in international trade and is a platform of mutual understanding for the common lawyer and the civil lawyer, the lawyer in the countries of free market economy and the socialist lawyer.*” SCHMITTHOFF, Clive. “International Business Law: A New Merchant”. *Current Law and Social Problems*, v. 2, p. 152, 1961. Esse esforço não se confunde, contudo, com a chamada doutrina do *Tronc Commun*. Segundo Mauro Rubino-Sammartano: “*The Tronc Commun mechanism is quite different from lex mercatoria. Lex mercatoria is a residual notion, i. e. a formula available only in the absence of an express or tacit choice of law by the parties. Another important characteristic is that it does not consist of statutory provisions, but rather of a conglomerate of usages of the commercial community. Contrary to it, the Tronc Commun is made of statutory provisions and comes from an express (as in the Channel Tunnel) or a tacit choice (and is not a formula alternative to statutory provisions). The only thing that the Tronc Commun and lex mercatoria have in common is that they both aim to find a solution to the search for the applicable law. However in trying to achieve that, lex mercatoria sets aside the national laws of the parties, while the Tronc Commun does not totally ignore them, but keeps their part which is common to them.*” RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. “The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine”. *Journal of International Arbitration*, v. 10, n 3, p. 61, 1993.

Afinal, árbitros e juízes só podem aplicar o direito não-estatal em limitadas hipóteses,²⁵² como no caso em que as partes as escolhem como lei aplicável, por exemplo.²⁵³

137. Entretanto, as partes não costumam fazê-lo: São poucas as hipóteses verificadas na prática internacional em que as partes acordaram em aplicar a sua avença as regras de direito não-estatal.²⁵⁴ As causas para esse fenômeno são muitas: desconhecimento dessas fontes de direito,²⁵⁵ risco de inexecutabilidade de contratos regidos por estes instrumentos²⁵⁶ e relações de

²⁵² “O propósito dos Princípios do UNIDROIT indica que suas normas se encontram abertas a diversas utilizações, todas ligadas, como apontado no ‘Prêambulo’, à disciplina dos contratos do comércio internacional. Nessa condição, podem constituir (i) o direito aplicável ao contrato, escolhido pelas partes; (ii) o direito aplicável ao contrato, quando as partes hajam indicado ‘princípios gerais do direito’ ou a *lex mercatoria* para regê-lo; (iii) o direito aplicável, quando as partes não houverem escolhido o direito aplicável ao contrato; (iv) o direito supletivo (ou auxiliar da interpretação) de outros instrumentos internacionais de direito uniforme aplicado ao contrato; (v) o direito supletivo do direito nacional aplicável; e (vi) um modelo para legisladores nacionais e internacionais.” GAMA JR., Lauro. “Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos do Comércio Internacional 2004 e o Direito Brasileiro: Convergências e Possibilidades”. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 60, 2006.

²⁵³ “Increasingly, the realm of party autonomy is expanding such that it can encompass situations in which the object of choice is a national legal system or an anational legal system like *lex mercatoria* and UNIDROIT Principles.” MARRELLA, Fabrizio. Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 36, n. 4, p. 1.156, 2003.

²⁵⁴ “It is not surprising that parties rarely attempt to choose the PICC in contracts before State courts, given the near unanimous unwillingness of State courts to enforce such a choice. However, we are told things are different in arbitration, where the PICC are regularly chosen. As far as can be determined, this is untrue. At the time of writing, UNILEX lists only 19 arbitral decisions addressing applicability of the PICC as rules of law governing the contract in disputes before an arbitral tribunal, out of 186 arbitral decisions that mention the PICC. Out of these 19, no more than four (!) concern matters in which the parties had chosen the PICC in their contract. In two others, they were chosen in the terms of reference. The vast majority are cases in which the PICC were chosen by the parties at the beginning of the arbitration, either at the suggestion of the arbitrator (three cases)²¹ or without such an explicit suggestion appearing from the abstract (10 cases). Such a choice during the arbitral proceedings is hard to distinguish, in practice, from the case in which the arbitrator herself designates the PICC as applicable law in the absence of a party choice and then asks the parties for their agreement. Comparable numbers emerge from a recent analysis of previously unpublished decisions by the International Court of Arbitration. Here, the PICC were mentioned in only 54 proceedings or 0.8 per cent of all proceedings. From another report, we learn that, between 2007 and 2011, the PICC were mentioned in contracts in only seven matters referred to arbitration under the International Chamber of Commerce (ICC), as opposed to 3,551 in which national law was chosen.²⁵ Considering that the ICC has generally been sympathetic to the PICC and has organized several symposia on them, this is a remarkably low figure.” MICHAELS, Ralf. “The UNIDROIT Principles as Global Background Law”. *Uniform Law Review*, v. 19, n. 4, p. 646-647, 2014. Nesta mesma linha, cf. DERAIS, Yves. Transnational Law in ICC Arbitration. In: BERGER, Klaus Peter (ed.) *The Practice of Transnational Law*. A Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 51, onde se lê: “By referring to awards where transnational law was applied I would not like to cause the impression that ICC arbitrators always refer to transnational law. The majority of awards just apply national law.”

²⁵⁵ “[O]ver half the British respondents had not even heard of the PICC. Even those that are familiar with the PICC seem to perceive its application as the law governing the contract as risky, preferring it to be supplemented by an applicable law” LAKE, Sarah. “An Empirical Study of the UNIDROIT Principles – International and British Responses”. *Uniform Law Review*, v. 16, n. 3, p. 662, 2011.

²⁵⁶ “Also the power that contemporary legislations normally grant to the parties to choose the law governing their contractual relationships may encounter limitations. First, the forum’s private international law may expressly provide that the object of such choice can only be state law instruments. In such a situation a reference made by the parties to non-state rules of law as exclusive source of regulation would trigger the double effect that (1) the adjudicating body would have to determine the applicable law on the basis of the connecting factors

poder de barganha na negociação dos contratos;²⁵⁷ por exemplo, são fatores que contribuem, em maior ou menor grau, para a baixa utilização direta da *lex mercatoria*.

138. Como se a visão autonomista da *lex mercatoria* acabou sendo confrontada pela prática das partes no comércio internacional.²⁵⁸ A realidade é que as partes ainda se sentem mais confortáveis se referindo, de uma forma ou outra, a um ordenamento jurídico doméstico.

139. Essa dificuldade se estende para a perspectiva dogmática da própria teoria da *lex mercatoria*: sua aceção exige do jurista (e do operador do direito) certa desconexão com o direito positivo.²⁵⁹ Na visão de parte da doutrina, essa desconexão acabar por enfraquecer a noção de existência de uma ordem jurídica independente. Afinal, a exequibilidade da escolha das partes repousaria, em algum grau, na sua recepção pelo direito positivo.²⁶⁰

which operate in the absence of the parties' choice; and (2) the chosen non-state rules of law would become just part of the contractual regulation, being then effective within the limits set out by all mandatory rules of the relevant lex contractus. Second, the forum's private international law may provide that when the contract does not have any cross-border element, but for the choice of a foreign (or non-state) law as applicable law, such choice cannot be of prejudice to the application of all those provisions of the law of the forum which cannot be derogated from by agreement (so-called 'simple mandatory rules'). Third, notwithstanding the submission of a contract to a foreign law (be it as a result of the parties' choice or, in lack of such choice, of other connecting factors), courts may be required to apply, or to give in any case effect to, provisions of the forum (or even of another state different from the forum and from the state of the lex contractus) which are essential for the safeguard of public interests (so-called 'overriding mandatory rules' or lois de police). Finally, awards may be set aside, and foreign judgements and awards may be denied recognition, when they conflict with the forum's public policy. Such conflict may also result from the breach of overriding mandatory rules of the forum and could affect also awards settling contractual disputes." BENEDETTELLI, Massimo. "Applying the UNIDROIT Principles in International Arbitration: An Exercise in Conflicts". *Journal of International Arbitration*, v. 33, n. 6, p. 665, 2016.

²⁵⁷ "If one party has the bargaining position to impose its terms irrespective of the wishes of the other party, that party will be less concerned with the intent of both parties, and more concerned with that party's own respective self-interest." GABRIEL, Henry Deeb. "The Use of the UNIDROIT Principles as Neutral Law in Arbitration". *Journal of Arbitration Studies*, v. 23, n. 3, p. 48, 2013.

²⁵⁸ "The emergence and content of a spontaneous new transnational law merchant, or *lex mercatoria*, substantially covering all international commercial and financial transactions remain contentious. At least in Europe, there now exists a sufficient, largely positive body of legal literature on the subject. So far there is less interest in the US. Case law, insofar as there is any, remains cautious." DALHUISEN, Jan. "Legal Orders and Their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its *Lex Mercatoria*". *Berkley Journal of International Law*, v. 24, n. 1, p. 129-130, 2006.

²⁵⁹ "The discussion also has shown that it is not possible to grasp the *lex mercatoria* without a paradigm-shift towards the notion of 'law'." TOTH, Orsolya. *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*. Nova York: Oxford University Press, 2017, p. 312.

²⁶⁰ "Du point de vue de la théorie du droit, il n'y a donc aucun scandale à parler d'ordre juridique transnational. On peut même ajouter que, si les données décrites ci-dessus sont effectivement réunies, le droit transnational se présente d'ores et déjà comme un ordre juridique, peut-être embryonnaire, mais distinct à la fois de l'ordre juridique international et des droits nationaux. Toutefois, même s'il peut se développer de façon indépendante, son origine lui assigne une place bien particulière par rapport aux autres ordres juridiques, de caractère étatique ou interétatique. Il va de soi, tout d'abord, qu'il est subordonné au droit international, tout comme les droits nationaux. Mais son autorité dépend aussi de la tolérance des ordres juridiques nationaux, devant

140. Ademais, a possibilidade, arguida por alguns autores, de preferir a *transnacionalização* do contrato em detrimento da lei doméstica aplicável é bastante criticada como arbitrária.²⁶¹ Segundo a doutrina, a preferência pela *lex mercatoria* em detrimento ao direito escolhido pelas partes poderia, inclusive, acarretar o risco de inexecutabilidade de eventual sentença (arbitral ou judicial) nela fundada.²⁶²

141. Além disso, as múltiplas fontes de direito não-estatal não criam, por si só, uma ordem jurídica coesa e uníssona. A existência de diversos instrumentos aplicáveis aos contratos comerciais internacionais sem que exista um regime claro de interação entre essas fontes não forma, necessariamente, um sistema jurídico próprio. Segundo Paul Lagarde, ter-se-ia, apenas, mais uma forma de pluralidade de fontes.²⁶³ Poder-se-ia argumentar, ainda, que tal pluralismo

lesquels il doit s'incliner en cas de conflit, du fait même que les acteurs de la vie transnationale restent soumis au droit interne pour leur statut personnel et sous de nombreux autres aspects, notamment quant à l'application des lois fiscales, de lois sociales et, de façon générale, des règles d'ordre public." VIRALLY, Michel. Un Tiers Droit? Réflexions Théoriques. In: FOUCARD, Philippe et al. *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris : Litec, 1982, p. 385.

²⁶¹ "Um comércio desvinculado das leis nacionais, antes de representar uma supressão de fronteiras, significa um comércio sem barreiras políticas. Os direitos nacionais impedem suas razões de ordem jurídica as relações comerciais internacionais. Um imenso mercado mundial, regulado apenas por regras autogeradas, certamente há de ignorar qualquer razão que não seja razão de mercado. A adoção irrestrita de uma *lex mercatoria* representará a consagração absoluta da lei do mercado, despida de qualquer preocupação ou restrição de caráter jurídico nacional, ou principalmente político." HUCK, Hermes Marcelo. "Lex Mercatoria - Horizonte e Fronteira do Comercio Internacional". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 87, p. 233-234, 1992.

²⁶² "O que não se pode cogitar, em nenhuma hipótese, é que os árbitros afastem a aplicação do direito escolhido pelas partes e forcem a substitutiva incidência da *lex mercatoria*. Como já se tratou nos Capítulos anteriores, há de se ter cuidado com esse entendimento, seja porque o ideal de uniformização não deve ser visto como parte do ofício arbitral ou como factível sob o guarda-chuva de "leis uniformes", seja porque dar-se prevalência à *lex mercatoria* é postura que mascara distorções e sobreposições ao direito escolhido pelas partes – ou, muitas vezes, o próprio desconhecimento do ordenamento local por parte dos árbitros, já que a 'fuga para a *lex mercatoria*' é, em alguns casos, solução mais fácil e menos exigente, mormente para quem está acostumado com seus ditames e, circunstancialmente, desacostumado com o direito escolhido pelas partes. Dar preferência ao direito transnacional deve ser postura de absoluta exceção, sob pena de ter-se por agredida a autonomia privada e, ato contínuo, obter-se decisão de difícil homologação ou execução perante o juízo estatal." NITSCHKE, Guilherme. "Ativismo Arbitral e Lex Mercatoria". *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 1, n. 2, p. 906, 2015.

²⁶³ "Il est curieux que les auteurs favorables à la *lex mercatoria* emploient toujours cette expression au singulier, comme si cette *lex mercatoria* désignait un ordre juridique unique. En réalité, ce singulier exprime seulement à notre sens un (sinon le) caractère commun aux normes prétendument identifiées, qui est d'être des normes non-étatiques. Or, constater ce caractère, c'est appréhender le phénomène de la *lex mercatoria* de manière négative, en tout cas l'extérieur, du point de vue des ordres étatiques. L'existence de normes non étatiques ne prouve pas l'existence d'un ordre juridique des marchands." LAGARDE, Paul. *Approche Critique de la Lex Mercatoria*. In: FOUCARD, Philippe et al. *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: litec, 1982, p. 135.

é ainda mais preocupante do que o original, vez que as múltiplas normas de direito não-estatal não gozam de legitimidade,²⁶⁴ o que torna sua eficácia e aplicação ainda mais incertas.

142. Como se vê, a teoria autonomista da *lex mercatoria*, em que pese sua tração acadêmica, não se converteu – pelo menos nesse momento – em aplicação prática. Sua formulação atual, seja pela perspectiva clássica (que vislumbra a *lex mercatoria* como um conjunto de princípios supraestatais), seja sua proposição moderna (calcada nos instrumentos de direito não-estatal), não tem o condão de mitigar os riscos (e custos) decorrentes da pluralidade de ordens jurídicas.

2.3.3 A LEX MERCATORIA COMO METODOLOGIA HERMENÊUTICA

143. No cenário prático, as partes, em sua grande maioria, ainda se apoiam num regime de direito doméstico. Só que a proteção absoluta do regime conflitual não beneficia, necessariamente, o fomento do comércio internacional.

144. A realidade do comércio internacional contemporâneo representa uma economia moderna interconectada e cada mais dependente do fluxo de capital estrangeiro. Isso é particularmente verdadeiro nos países em desenvolvimento, onde o capital internacional representa parte considerável da economia.²⁶⁵

145. Junto com o capital vêm as grandes corporações, que se utilizam do seu poderio econômico para adquirir maior *leverage* e poder de barganha nas negociações comerciais.²⁶⁶

²⁶⁴ “Soft law is often criticized because of its lack of democratic legitimacy, or in the terminology of legal theorists, for reasons of social reflexivity. Social reflexivity, a concept which lies at the root of the very notion of democracy, means that all those to whom a set of rules applies must be allowed to participate in the creation of those rules. It is also sometimes said, which in substance is the same thing, that soft law is a tool by which the arbitration elite maintains its power and control over international arbitration. That criticisms undoubtedly excessive, but cannot be discarded completely. There is certainly an exercise of power outside the bounds of state authority that eludes the safeguards developed by national laws in terms of transparency, participation, control and review mechanisms, and accountability.” KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. “Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity”. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 1, n. 2, p. 1-17, 2010.

²⁶⁵ “FDI has become an important source of private external finance for developing countries.” MALLAMPALLY, Padma; SAUVANT, Karl. “Foreign Direct Investment in Developing Countries”. *Finance & Development*, v. 36, n. 1, p. 4, mar. 1999. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1999/03/mallampa.htm>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²⁶⁶ “In most instances the businessman will judge his own bargaining power by the financial status of the company he represents and the amount of expenditures his company might be willing to make in the developing country” WARREN, Louis B.; Monahan, François; DUHOT, François. “Role of the Lawyer in International Business Transactions”. *American Bar Association Journal*, v. 58, n. 2, p. 183, 1972.

Esse poder de barganha afeta, por óbvio, não só as disposições normativas do contrato, como também as regras de conflito de lei escolhida pelas partes para se aplicar à avença.²⁶⁷

146. Um exemplo claro é o das operações de fusões e aquisições (ou, na expressão inglesa *Mergers & Acquisitions* – reduzida ao acrônimo M&A). Esses tipos de operações são, hoje, um dos principais mecanismos de injeção de capital estrangeiro em países em desenvolvimento.²⁶⁸

147. Os contratos de compra e venda de ações (também conhecidos como *Share Purchase Agreements* ou SPAs, no jargão técnico) são frequentemente regidas pela lei de Nova York.²⁶⁹ O motivo da escolha pela lei do estado norte-americano é tema de debate; enquanto alguns argumentam que a lei de Nova York protegeria mais o conteúdo escrito do contrato,²⁷⁰ outros defendem que a escolha de lei é fruto de imposição da parte com maior poder de barganha.²⁷¹

148. Ambos podem ser até ser verdade. Se é fato que a lei de Nova York privilegia o acordo entre as partes, também é verdade que isso favorece a parte com maior poder de barganha – que consegue, como regra geral, impor condições mais favoráveis a si durante as negociações. Esse fenômeno, contudo, tem o condão de reduzir a eficiência das operações comerciais internacionais.

²⁶⁷ “Accordingly, parties often prefer to submit their contract to their law – both because they would not incur the additional costs associated with learning a foreign law and because it is psychologically more comfortable to know that a law that they are familiar with is being applied. However, it is not always possible to satisfy parties from different jurisdictions in international contracts. Rather, the parties must settle on one of two solutions. The first is to choose the law of one party. When they do this, it can be for reasons unrelated to the quality of the chosen law. For example, one party may have greater bargaining power and, because of this, be able to impose his own law.” CUNIBERTI, Gilles. *The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws*. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 34, n. 3, p. 445-517, 2014. p. 466.

²⁶⁸ “[T]he majority of FDI takes place through M&A activity rather than through greenfield investments [...]”. NAVARETTI, Giorgio; VENABLES, Anthony. *Multinational Firms in the World Economy*. Nova York: Princeton University Press, 2004, p. 9.

²⁶⁹ “In the vast majority of M&A transactions involving sophisticated parties, the transaction agreements are typically governed by the laws of either Delaware or New York.” KIM, Jonathan, STEINER, Neil e THIERFELDER, Mark. “The Significance of the Choice of Law Provision in M&A Contracts”. *New York Law Journal*, v. 258, n. 83, p. 1, 2017.

²⁷⁰ “New York is a financial capital of the world, serving as an international clearinghouse and marketplace for a plethora of international transactions, such as to be so recognized by our decisional law [...] In order to maintain its preeminent financial position, it is important that the justified expectations of the parties to the contract be protected.” *J. Zeevi and Sons, Ltd. v. Grindlays Bank (Uganda) Limited*, 37 N.Y.2d 220, 227 (N.Y. 1975).

²⁷¹ “[T]his regime will worsen the existing inequalities by enabling the stronger parties to impose well-calculated combinations of choice-of-law-and-forum clauses that will deprive the weaker parties of any meaningful protection.” SYMEONIDES, Symeon. “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 61, n. 4, p. 888, 2013.

149. Por um lado, a parte com maior poder de barganha está em clara situação de risco moral;²⁷² a regra cria incentivos para que esta parte tome o risco do investimento sem assumir o custo de navegar pelas tortuosas águas do direito estrangeiro.²⁷³ Por outro lado, impor à parte com menor poder de barganhar – e, portanto, com menor capital – o ônus de superar o desconhecimento do sistema jurídico imposto pela outra parte gera um enorme custo de transação.²⁷⁴ Isto pode levar, em último grau, ao *risk avoidance* e, conseqüentemente, à redução do fluxo comercial com outros *players* internacionais.

150. Essa proposta de tentar conciliar a escolha de lei feita pelas partes com a mitigação dos efeitos da pluralidade de ordens jurídicas sobre o contrato comercial internacional – em especial, o *border effect* – aumentaria o fluxo do comércio internacional. Primeiro, por reduzir o impacto dos custos de transação (e eventual litígio), eliminando potencial *risk avoidance*. Segundo, por descaracterizar o risco moral, evitando, assim, eventual comportamento oportunista de uma das partes na *performance* contratual.

151. Além disso, a realidade dos contratos do comércio internacional impõe, ainda, uma reflexão acerca da expectativa das partes sobre as suas avenças. Como já visto, o comércio internacional contemporâneo é, em sua essência, baseado em contratos complexos, relacionais

²⁷² “In effect the beneficiary is subsidized in his purchases and, as a consequence, continues to spend after marginal benefit falls below marginal cost.” MARSHALL, John. Moral Hazard. *The American Economic Review*, v. 66, n. 5, 1976. p. 880. Um exame mais detido do conceito de risco moral e sua relevância para a hermenêutica do direito dos contratos comerciais internacionais será feita no Capítulo 4.3.2, abaixo.

²⁷³ “Trade, investment, and business can no longer be understood as matters of purely local or national concern between similarly situated buyers and sellers, but rather as transnational affairs, often comprised of multiple parties of multiple nationalities proceeding under potentially multiple conceptions of how the law should operate. This conceptual distance between buyers and sellers has the potential to create value uncertainty; as part of that value uncertainty, asymmetric information regarding the governing law may arise.” GLEN, Patrick. “Law as Asymmetric Information: Theory, Application, and Results in the Context of Foreign Direct Investment in Real Estate”. *Berkeley Business Law Journal*, v. 8, n. 1, p. 151, 2011. Nesta mesma linha: “The costs of difference can be precisely described in a monetary sense: the costs arising from the necessary research of the law applying to any transaction or involving a party from one or more foreign countries are those for legal consultancy, litigation and its economic risks.” HEIDEMANN, Maren. *Methodology of Uniform Contract Law*. Cham: Springer, 2007, p. 37.

²⁷⁴ “Para los participantes en el tráfico internacional, la consecuencia asociada al fraccionamiento normativo es el riesgo de quedar sometido a «otro sistema jurídico». El riesgo es el «viaje jurídico al extranjero»: sea para demandar allí, para notificar allí, para obtener un prueba, para solicitar el reconocimiento de una decisión o para informarse sobre el Derecho extranjero y ajustar a él su comportamiento. Y el problema valorativo (o normativo) es qué parte debe soportar ese riesgo; es decir, ‘qué parte debe pagar el viaje al extranjero’.” GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José. La Racionalidad Económica del Derecho Internacional Privado. In: CURSOS de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, n. 1, p. 87-154, 2001. p. 131.

e incompletos. Isso significa dizer que as partes, quando da celebração da avença, não possuem total clareza sobre todo e qualquer impacto que seu contrato possa vir a sofrer.

152. Isso inclui impactos decorrentes de eventuais peculiaridades do direito doméstico. Na negociação e conclusão de seus contratos, as partes confiam que a grande maioria dos sistemas jurídicos reconhecem princípios básicos, como a liberdade de contratar e a força executiva dos contratos.²⁷⁵ As partes também confiam que uma corte ou tribunal arbitral, ao examinar um determinado contrato, privilegiará, na medida do possível, o acordo entre as partes.²⁷⁶

153. Por isso, não é incomum que as partes sequer conheçam a lei aplicável; por muitas vezes, as partes acabam por adotar a lei imposta pela parte com maior poder de barganha²⁷⁷ sem que a parte contrária possua conhecimento sobre as especificidades da lei de regência.

154. Nasce, dessa realidade, uma segunda versão do conceito de *lex mercatoria* – mais focada na busca por uma metodologia que busque afastar, justamente, as idiosincrasias do direito escolhido pelas partes. O primeiro a trazer à tona essa concepção foi Emmanuel Gaillard. O autor francês propõe a noção de que a *lex mercatoria* encontra-se em um momento de

²⁷⁵ “Parties contract on free standing outcome variables when they expect the enforcer later to observe them.” SCHWARTZ, Alan; WATSON, Joel. *Contract Interpretation and Contextual Asymmetry*, 2010. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Contract-Interpretation-and-Contextual-Asymmetry-Schwartz-Watson/220c138fc3d0fde606af3eebf9d38fd9591ed9b7>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²⁷⁶ Theodore Eisenberg e Geoffrey Miller examinaram contratos envolvendo empresas de capital aberto dos Estados Unidos da América, buscando examinar a preferência pela escolha de lei e foro dessas partes: “Although no state has more than 50 percent of the designations, New York is clearly the dominant state with over 40 percent of the choices of law and, given a choice of forum, over 40 percent of the forum designations.” EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. “The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts”. *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 4, p. 1511, 2009. Em outro artigo, Geoffrey Miller sugere que a preferência se dê em razão do caráter mais textualista da Lei de Nova York: “Since choice-of-law and forum selection clauses are negotiated ex ante, they likely represent efforts by the contracting parties to maximize the joint value of the undertaking. And because the contracts in the Eisenberg-Miller study were, by definition, important to the financial results of large corporations, it can be presumed that they received scrutiny from well-qualified attorneys. Accordingly, there is reason to believe that, compared with California, New York may provide the more efficient regime for interpreting and enforcing commercial agreements.” MILLER, Geoffrey. Bargaining on the Red-eye: New Light on Contract Theory. NYU Law & Economics Research Paper Series Working Paper n. 8-21, 2008, p. 4-5. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1129805>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²⁷⁷ Gilles Cuniberti conduziu um estudo sobre a escolha da lei aplicável em contratos comerciais internacionais. O estudo aponta uma preferência pela escolha das Leis da Inglaterra e da Suíça. As hipóteses aventadas pelo autor levam em conta diversos fatores, entre eles o conhecimento das partes, o seu poder de barganha e sua racionalidade e conhecimento do conteúdo da norma. Cf. CUNIBERTI, Gilles. The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 34, n. 3, 2014.

transição entre um debate sobre sua existência e viabilidade e a sua aplicação na prática do comércio transnacional.²⁷⁸

155. Gaillard identifica duas posições distintas: a primeira, formada por aqueles que vislumbram a *lex mercatoria* como um conjunto de regras oriundas da prática do comércio internacional. A segunda, a qual o autor se filia, defende a noção da *lex mercatoria* como um sistema jurídico.²⁷⁹ Segundo o autor, a *lex mercatoria* não deve ser vista como um conjunto de regras aplicáveis diretamente a um contrato comercial internacional, mas sim um sistema jurídico completo e plural.

156. Mas todo sistema legal precisa de um método hermenêutico de determinação da interação entre essas diversas fontes.²⁸⁰ Segundo a visão positivista, é esse método é fundamental para a solidez de um ordenamento jurídico.²⁸¹ Nessa toada, Gaillard afirma que é necessária uma reflexão sobre um método hermenêutico para a doutrina da *lex mercatoria*.²⁸²

²⁷⁸ “Today, the debate has refocused on issues of sources and methodology. Indeed, transnational rules or *lex mercatoria* in whatever form are now sufficiently established for the heart of the controversy to have shifted, concentrating more recently on the establishment in further detail of the content of those rules or the more systematic assessment of the means to do so.” GAILLARD, Emmanuel. *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making*. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001. p. 60.

²⁷⁹ “Another view, which we believe to be the better one, finds the specificity of transnational rules to lie in the fact that these rules are derived from various legal systems as opposed to a single one, and more generally from various sources, rather than in their allegedly differing content. In other words, their specificity is one of source, not of content. Indeed, there is no reason to believe that national legal orders are unable to accommodate adequately the specific needs of international situations, for instance by creating a separate set of substantive rules to govern international situations. Numerous examples can be found of this approach to accommodating the ‘specific needs of international business’, in monetary relationships for instance, or in the field of arbitration whenever, as in France or Switzerland, international arbitrations are governed by a different set of rules from domestic ones. In this connection, it is important not to confuse a national legal order with its domestic, as opposed to international, substantive rules. Admittedly, because they are chiefly derived from various national legal systems, transnational rules stand a better chance not to reflect the outdated rules which may still be found in certain legal systems. In that sense, they may help to meet the concerns of modern business, but this is not to say that, by nature, national laws cannot achieve the same result. On the contrary, it is because a sufficient number of legal systems have adopted modern rules that transnational rules will be able to follow them in embracing the most appropriate solution.” GAILLARD, Emmanuel. *Ibid.*, p. 61-62.

²⁸⁰ “A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos constitui tarefa da dogmática hermenêutica. Trata-se de uma finalidade prática, no que se distingue de objetivos semelhantes das demais ciências humanas.” FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 232.

²⁸¹ “Se um ordenamento jurídico é composto de várias normas, isso significa que os principais problemas vinculados à existência de um ordenamento são os problemas que nascem da relação das diversas normas entre si.” BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 199.

²⁸² “The second issue on which opinions are divided within the pro-*lex mercatoria* camp concerns the means of assessing the contents of transnational rules. Are the contents to be found in a list or ‘creeping codification’, be it static or open-ended, or are they to be derived, on a case-by-case basis, using a specific methodology which may in turn make use of existing lists or restatements but which is by no means limited to these tools?”

157. Gaillard então propõe a adoção de um método específico para integração e interpretação de contratos comerciais internacionais, baseado em três estágios (i) atenção à vontade e intenção das partes; (ii) utilização do método do direito comparado para identificar a existência de particularidades do direito doméstico aplicável aquele contrato comercial internacional; e (iii) determinar se tal regra idiossincrática tem ampla aceitação nos sistemas jurídicos aplicáveis à disputa; do contrário, tal regra, segundo Gaillard, deve ser rejeitada²⁸³

158. Mais adiante, Gaillard afirma que essa metodologia oferece à teoria da *lex mercatória* um sistema jurídico completo, estruturado e previsível, mas flexível. Esse fato autorizaria, inclusive, que árbitros aplicassem a *lex mercatoria* em casos em que as partes não tenham

*Some proponents of lex mercatoria have expressed the view that lex mercatoria is to be found in lists, despite the fact that at the outset the presentation of lex mercatoria in terms of lists was in fact intended to be a criticism designed to show how scarce, contradictory and unpredictable transnational rules were. The elaboration of far more substantial lists, such as that of UNIDROIT, have reversed this perspective, such that today these lists are often presented as the principal if not the only, component of lex mercatoria. Such lists do present the advantage of being simple to use and of responding to the criticism of the alleged vagueness of transnational rules. In contrast with the initial perception, they provide the necessary predictability of the outcome which is valued by the parties in international commerce. The other approach to defining the contents of transnational law is to view transnational law as a method of decision-making, rather than as a list. This approach consists, in any given case, of deriving the substantive solution to the legal issue at hand not from a particular law selected by a traditional choice-of-law process, but from a comparative law analysis which will enable the arbitrators to apply the rule which is the most widely accepted, as opposed to a rule which may lie peculiar to a legal system or less widely recognized. This comparative law analysis is greatly assisted today not only by the extremely comprehensive compilations of principles previously discussed, but also by the existence of a number of international treaties which, whether in force or not, reflect a broad consensus, by the increasingly large number of published awards providing as large a number of precedents to international arbitrators and by the availability of extensive comparative law resources such as monographs on a large number of specific issues.” GAILLARD, Emmanuel. Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001. p. 62-63.*

²⁸³ “The transnational law method should thus, in our opinion, be conducted in the following three steps. First, the utmost attention should be given to the parties’ intentions. They may have suggested a methodology themselves, for instance in limiting the comparative law analysis to two legal systems or to those of a region. They may have used clumsy terminology which arbitrators need to interpret in order to give effect to the parties’ true intent. In all of these instances, the first task of the arbitrators will tie to implement the parties’ instructions. Second, the arbitrators will determine, on the basis of the comparative law sources mentioned above, whether the contentions made by the parties are supported by a widely accepted rule, or whether they merely reflect the idiosyncrasies of one legal system, in which case they should be rejected. This will be the case, for instance, of the French rule pursuant to which a subcontract will be void if certain conditions including the placing of a bond in favour of the subcontractor are not of the English rule denying the validity of agreements to agree, or of the Algerian rule prohibiting agents, all of which are fairly peculiar to the legal system in which they are found. Third, in determining whether the acceptance of a given rule is sufficiently wide for that rule to qualify as a general principle of law, the unanimous acceptance in all legal systems is by no means required. The unanimity requirement sometimes advocated by authors generally unfavourable to general principles of law would render that methodology meaningless. Indeed, if this was a requirement, general principles of law would be either useless, when they reflect a rule accepted in every law, or non-existent, failing such unanimous acclaim. The real function of the general principles method is, on the contrary, to enable arbitrators to discriminate between rules which enjoy wide recognition, and those which are particular to one or to a limited number of legal systems.” GAILLARD, Emmanuel, *op. cit.*, p. 63.

determinado a lei aplicável ao contrato – e mesmo se o ordenamento jurídico em si não autorizar o julgador a aplicar regras de direito não-estatal.²⁸⁴

159. A proposta de Gaillard é a primeira que ao mesmo tempo reconhece a existência de um sistema plural no âmbito do direito dos contratos do comércio internacional e vislumbra um método para navegar por entre essas diversas fontes. O autor francês busca, então, articular uma metodologia hermenêutica que mitigue os efeitos da pluralidade de ordens jurídicas, atacando o cerne do problema: as idiosincrasias do direito doméstico.

160. Ao propor a noção de que o papel do operador do direito – seja ele um advogado, um árbitro ou um juiz –, confrontado com um contrato do comércio internacional, é de examinar o direito comparado e o direito internacional (estatal ou não-estatal) para afastar uma regra idiosincrática da lei aplicável escolhida pelas partes, Gaillard busca eliminar, exatamente, os efeitos da pluralidade de ordens jurídicas. Trata-se de solução bastante engenhosa, que leva em conta, ao mesmo tempo, o interesse e as expectativas das partes.

161. Entretanto, a proposta de Gaillard acaba por restar incompleta. Em primeiro lugar, o autor reconhece apenas duas fontes de direito aplicável aos contratos comerciais internacionais em sua metodologia: (i) o direito doméstico (escolhido através da autonomia da vontade das partes ou pelo método de determinação e lei aplicável); e (ii) o direito comparado (assumindo função de identificar idiosincrasias e avaliar sua aceitação). Todavia, Gaillard deixa de reconhecer, em seu método, a existência e o papel de outras fontes de direito igualmente

²⁸⁴ “The transnational law method should thus, in our opinion, be conducted in the following three steps. First, the utmost attention should be given to the parties’ intentions. They may have suggested a methodology themselves, for instance in limiting the comparative law analysis to two legal systems or to those of a region. They may have used clumsy terminology which arbitrators need to interpret in order to give effect to the parties’ true intent. In all of these instances, the first task of the arbitrators will tie to implement the parties’ instructions. Second, the arbitrators will determine, on the basis of the comparative law sources mentioned above, whether the contentions made by the parties are supported by a widely accepted rule, or whether they merely reflect the idiosyncrasies of one legal system, in which case they should be rejected. This will be the case, for instance, of the French rule pursuant to which a subcontract will be void if certain conditions including the placing of a bond in favour of the subcontractor are not of the English rule denying the validity of agreements to agree, or of the Algerian rule prohibiting agents, all of which are fairly peculiar to the legal system in which they are found. Third, in determining whether the acceptance of a given rule is sufficiently wide for that rule to qualify as a general principle of law, the unanimous acceptance in all legal systems is by no means required. The unanimity requirement sometimes advocated by authors generally unfavourable to general principles of law would render that methodology meaningless. Indeed, if this was a requirement, general principles of law would be either useless, when they reflect a rule accepted in every law, or non-existent, failing such unanimous acclaim. The real function of the general principles method is, on the contrary, to enable arbitrators to discriminate between rules which enjoy wide recognition, and those which are particular to one or to a limited number of legal systems.” GAILLARD, Emmanuel. *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making*. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001. p. 71.

aplicáveis ao direito dos contratos comerciais internacionais, como as normas de direito não estatal e os usos e costumes dos contratos comerciais internacionais, por exemplo.

162. Para compreender corretamente como o sistema de normas aplicáveis aos contratos comerciais internacionais, é necessário não só reconhecer que essas fontes, de fato, tem um papel na hermenêutica dos contratos comerciais internacionais, como também definir em que momentos específicos deve o intérprete examiná-las. Afinal, essas fontes são de inegável relevância no mundo dos contratos comerciais internacionais da contemporaneidade.

163. Gaillard também não reconhece todas as dimensões de relevância do direito estatal (seja ele doméstico ou internacional) na sua metodologia hermenêutica. Concede-se, sim, que Gaillard vislumbra particular relevância do direito doméstico e do direito comparado: em seu método, o autor francês propõe que, uma vez determinada a vontade conflitual das partes, o intérprete deve examinar, utilizando o direito comparado, os ordenamentos jurídicos de Estados relevantes para o comércio internacional para determinar a aplicabilidade (ou não) de uma determinada norma exarada no caso concreto.

164. Esse método levanta algumas preocupações. Em primeiro lugar, o comando de examinar ordenamentos relevantes para o comércio transfronteiriço traz consigo genuínas preocupações colonialistas e chauvinistas incompatíveis com a tradição do direito comparado.²⁸⁵ Há o risco de dar-se preferência ao exame de ordenamentos de países desenvolvidos tradicionais em prol de outros países, negando a tradição inclusiva deste ramo.

165. Além disso, a proposta de Gaillard sugere que o exame do direito doméstico tenha o único condão de extrair idiosincrasias. Há pouca (ou nenhuma) preocupação quanto ao papel

²⁸⁵ “Parce que l’autre droit et l’autre-en-droit sont, à la lettre, incognoscibles, puisqu’on ne peut qu’y accéder (le soi comparant n’est pas l’autre et doit admettre un espace d’insoumission à son regard théorique, un irréductible « reste » se manifestant hors de toute appropriation- envisageable), la comparaison demeure impossible (elle ne peut pas aboutir). Mais parce qu’il y a l’autre droit et l’autre-en-droit, la comparaison demeure possible (elle peut exister). Insoucieux de l’aporie, de la « pierre d’angle défectueuse 1 », conscient de ce que la comparaison ne permet au comparatiste de se reconstruire qu’en deçà de certaines limites, qu’elle n’autorise un accès à l’autre qu’en deçà de certains horizons aussi, au fait, donc, des « infirmités » de la comparaison², de ce « double bind- », défendons-là comme une pratique pourtant irrefusable, qui ne peut pas ne pas se manifester, puisque ses contraires – la vanité, la -complaisance-, le chauvinisme, l’ethnocentrisme, l’impérialisme, le colonialisme –, même là où ils ne se donnent pas immédiatement à voir, sont proprement inacceptables.” LEGRAND, Pierre. *Le Droit Comparé*. 5^a Ed. Paris: PUF, 2016, p. 30.

da ordem pública ou das *overriding mandatory provisions* na construção do seu método. Esses institutos são, mais do que uma realidade, uma tradição do direito internacional privado.²⁸⁶

166. O método de Gaillard, contudo, aparenta ignorar a existência de um espaço para a aplicação desses mecanismos na hermenêutica do contrato comercial internacional – o que parece tornar o método proposto, em certo grau, incompleto. E um método incompleto, como bem reconhece Gaillard, não serve funcionalmente ao intérprete na sua tarefa de determinar o a integração e o conteúdo da norma aplicável aos contratos comerciais internacionais.²⁸⁷

167. Logo, em que pese os importantes passos traçados por Gaillard e sua metodologia, há, ainda, espaços importantes para a construção de um método completo, eficiente e seguro de integração e interpretação dos contratos comerciais internacionais. É reconhecendo o avanço feito por Gaillard, bem como as carências de seu método, que a presente obra inicia, agora, a construção da metodologia hermenêutica aqui proposta.

²⁸⁶ “O limite ao uso do direito estrangeiro em virtude de violação de valores essenciais defendidos no foro já foi detectado na fase iniciadora do Direito Internacional Privado (fase estatutária).” RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 323.

²⁸⁷ “Although there has been some debate on this issue, it is generally accepted that a genuine legal order is complete, i.e. able to provide an answer to any legal issue which may arise between the parties, even if in order to do so one has to resort to general principles of that legal system (good faith, legality of what is not expressly prohibited, etc.).” GAILLARD, Emmanuel. *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making*. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001. p. 66.

3. UMA NOVA HERMENÊUTICA PARA OS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

168. O objetivo deste capítulo é apresentar a nova metodologia hermenêutica proposta nesta obra. Antes, contudo, de adentrar especificamente o método a ser construído, importante delimitar o seu objeto de aplicação: (1) o contrato internacional. Depois, passaremos (2) ao exame dos elementos essenciais da hermenêutica dos contratos comerciais internacionais, passando (2.1) por suas fontes; (2.2) sua metodologia e; por fim (2.3) seus limites.

3.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO COMERCIAL INTERNACIONAL

169. A conceituação e definição jurídica de contrato comercial internacional é fator elementar do exame aqui proposto. É o que permite que o intérprete qualifique corretamente o instituto jurídico em exame e determine, assim, o campo de aplicabilidade da tese proposta.

170. A qualificação, como se sabe, é elemento essencial do direito internacional privado. Seu papel clássico é delimitar o escopo de aplicação da norma de conflito.²⁸⁸ A doutrina internacionalista clássica nos ensina que o regime das qualificações varia conforme os diversos ordenamentos jurídicos.²⁸⁹ Segundo Etienne Bartin, o conceito clássico de qualificação é o que centraliza o direito internacional privado dentro da ordem jurídica doméstica.²⁹⁰

171. Nesta lógica, a qualificação seria elemento particularista do próprio direito internacional privado.²⁹¹ Assim, o esforço de qualificação seria ele próprio regido por uma regra

²⁸⁸ “If a choice of law rule is formulated by connecting issues to laws, the first step is to think about issues. This requires the facts to be accommodated within one, or perhaps more, legal categories for which a choice of law rule is given. The definition of these categories and the location of facts within them comprise the process of characterization.” BRIGGS, Adam, *The Conflict of Laws*. 3rd ed. Londres: Oxford University Press, 2013, p. 15.

²⁸⁹ “It is apparent, therefore, that the conception of the conflict of laws as one system which shall decide a case in the different countries the same manner, is a Utopia which cannot be attained until exist (1) a complete accord, not only with respect to the rules the conflict of laws of the different countries, but also with respect to the rules of the conflict of laws of the different countries, but also with reference to the various concepts or qualifications of legal relations upon which the application of the foreign law depends, and (2) an International Supreme Court with power to control the application of the concepts and qualifications to the facts of the case.” LORENZEN, Ernest. “The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws”. *Columbia Law Review*, v. 20, n. 3, p. 282, 1920.

²⁹⁰ “La doctrine des qualifications impose, dans tout le domaine du droit international privé, une méthode de solution qui fait du droit international privé, qu’on le veuille ou non, une discipline particulariste et national.” BARTIN, Etienne. *La Doctrine des Qualifications et ses Rapports avec le Caractère National du Conflit des Lois. Recueil des Cours*, n. 31, 1930. p. 569.

²⁹¹ Há quem diga, contudo que o problema das qualificações não se resolve pelo Direito Internacional Privado. Nesse sentido, afirma Evamar Brito: “Na nossa opinião só existe em princípio; na realidade não existe.

de conflito,²⁹² que determinaria qual lei doméstica regeria a própria definição da natureza do objeto examinado.²⁹³

172. Adotar essa premissa seria inserir mais um elemento de incerteza nas relações comerciais internacionais. Qualificar o objeto do estudo pela ótica internacional deve ser

Explicamos: aquilo de que se trata, é simplesmente de bem aplicar os princípios do Direito Internacional Privado. Ao nosso ver, foi essa razão que levou Savigny, cuja doutrina constitui ainda o alicerce em que se apoia a ciência, moderna do Direito Internacional Privado, a não cuidar de tal problema. Efetivamente, em qualquer ordenamento jurídico as qualificações, se por um lado, constituem o acessório do sistema, retratam, por outro, peculiaridades de certo setor estatal — o direito. Em outras palavras: cada Estado conceitua, caracteriza e classifica as noções e instituições jurídicas a seu modo, segundo suas conveniências e, na conformidade de sua tradição jurídica e da realidade social. Por êsse motivo, diferem as qualificações de uma legislação para outra. E nenhum Estado está obrigado a abandonar as próprias qualificações, para adotar as estranhas. Elas imprimem um caráter peculiar e distintivo ao direito de cada país; o que distingue um sistema jurídico de outro são as qualificações. Se tôdas as legislações qualificassem do mesmo modo as noções, disposições e instituições, continuariam existindo inúmeras ordens jurídicas, porém absolutamente idênticas.” BRITO, Evamar. “Existe o Problema das Qualificações no Direito Internacional Privado?” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 6, p. 154, 1966.

²⁹² *“Qu'elle apparaisse lors du choix des règles de conflit de lois, de juridiction ou des règles matérielles de droit international privé, l'opération de qualification impose de déterminer dans quelle catégorie s'inscrira la question de droit soulevée. Dans un contexte international, cette opération de subsomption autant que d'interprétation de la règle est traditionnellement marquée par la double nécessité d'ouverture internationale – les catégories se doivent d'être accueillantes – et de cohérence interne de l'ordre juridique du for, et des 'relations d'interdépendance' qu'il crée entre les catégories. Sur le terrain du conflit de lois, le principe de la qualification *lege fori*, même s'il n'exclut pas une prise en compte des conceptions étrangères, fait pencher la balance vers la seconde nécessité, reflet du 'contrôle qualitatif' que le for exerce nécessairement sur les lois étrangères.”* HAMMIE, Petra. *Libres Propos sur les Interactions entre Qualification et Ordre Public*. In: ANCEL, Marie-Elodie et al. (org.). *Le Droit à l'Épreuve des Siècles et des Frontières : Mélanges en l'Honneur du Professeur Bertrand Ancel*. Paris/Madrid : LGDJ, 2018, p. 869.

²⁹³ Dentro da visão clássica da teoria da qualificação, há quem divirja sobre qual deveria ser a regra de regência sobre o regime de qualificação. A visão mais tradicionalmente aceita na doutrina internacionalista – esposada por Etienne Bartin, por exemplo – defende o uso da *lex fori* para a qualificação do objeto examinado no método conflitual clássico: *“Que devien, dan ces conditions, l'esprit international sans lequel il semple difficile de participer à l'enseignement donné à La Haye? Si contraires que soient les apparences, on n'hésite pas à répondre que l'esprit international n'a pas disparu de ces leçons. L'essential, en effet, pour y satisfaire, est d'admettre que chaque Etat est soumis, dans l'ordre des relations de droit privé comme sous tous autres points de vue, à des obligations internationales proprement dites, dont le principe ne dépend pas de lui, mais lui est imposé, en sa seule qualité d' Etat civilisé, par la définition même de ce mot de civilisations. Seulement, ces obligations internationales touchent ici, par leur objet, à ce qu'il y a de plus national et de plus individuel dans un Etat, sa législation, sa classification des institutions, les rapports que ces institutions soutiennent entre elles. L'étendue de ces obligations ne saurait être déterminée de même pour les différents Etats”*. BARTIN, Etienne. *La Doctrine des Qualifications et ses Rapports avec le Caractère National du Conflit des Lois. Recueil des Cours*, Leiden, n. 31, 1930. p. 619. Há quem afirme, contudo, que a lei estrangeira deveria reger a qualificação. Despagnet, talvez o principal defensor dessa visão, afirmava que *“Notre conclusion finale est donc que, en cas de conflit au sujet de la qualification d'un rapport juridique, entre la *lex fori* et la loi étrangère, la première doit admettre la qualification consacrée par la seconde, afin de laisser à cette dernière le champ d'application qu'elle lui attribue suivant ses propres règles de droit international privé. Si le conflit doit être apprécié entre deux lois étrangères, la *lex fori* doit encore procéder de même et appliquer, en se substituant à une des deux lois en présence comme si le conflit s'élevait entre elle et l'autre loi étrangère, ses propres règles quant à la détermination de la loi applicable et à l'attribution à cette loi du droit de fixer la qualification du rapport juridique. Il n'y a donc pas lieu de craindre que, en donnant une qualification différente de celle qu'adopte la loi étrangère, la *lex fori*, tout en étant d'accord avec cette loi sur le principe de droit international privé, aboutisse à des solutions pratiques divergentes au point de vue de la législation applicable.”* DESPAGNET, Frantz. “Des Conflits de Lois Relatifs a la Qualification des Rapports Juridiques”. *Journal du Droit international Privé & Jurisprudence Comparée – Clunet*, v. 25, p. 272, 1898.

prioridade.²⁹⁴ Não parece ousado qualificar os contratos por uma perspectiva internacional.²⁹⁵ Essa é a tendência mais moderna no campo do direito dos contratos comerciais internacionais,²⁹⁶ que reconhece a insuficiência do direito doméstico na qualificação de institutos tipicamente internacionais,²⁹⁷ como os contratos comerciais internacionais.²⁹⁸

²⁹⁴ Esse movimento já anda em curso na Europa, com o processo de consolidação do direito e da jurisdição comunitária. A *qualificação autônoma*, como chama a doutrina local, é um dos grandes desafios do futuro do direito internacional privado: “*Um seul élément apparaît véritablement nouveau: il s’agit des qualifications autonomes consacrées par la Cour de justice de l’Union européenne à l’occasion de l’interprétation des conventions et règlements de droit international privé qui lui son soumis. Mais leur impact est traité rapidement, si bien qu’il devrait être possible à ce stade de conclure que les débats ‘relatifs à la méthode de la qualifications paraissent aujourd’hui dépassés.’*” LEMAIRE, Sophie. “La Qualification”. In: AZZI, Tristan; BOSKOVIC, Olivera. *Quel Avenir pour la Théorie Générale des Conflits des Lois? Droit Européen, Droit Conventionnel, Droit Commun*. Bruxelas: Bruylant, 2015, p. 36. Nesta mesma linha, cf. TITIRIGA, Remus. “Revival of Rabel’s Transnational Characterisation for Rules of Conflict? Some Answers in a European Convention”. *International Business Law Journal*, n. 5, p. 454-455, 2017, onde se lê: “*Most of the time, the [European Court of Justice], faced with the divergence of national characterisations, opted for an autonomous characterization.*”

²⁹⁵ Ernst Rabel já defendia, há muito, a possibilidade de o direito internacional privado partir de um critério de qualificação puramente internacionalista: “*Dans le système du droit international privé il paraît indispensable de former des notions propres. Ce n’est pas une exigence excessive: en effet, il y a une formation perpétuelle de nouvelles règles de conflit et bien que les droits de conflit actuels soient emprisonnés dans les codes civils, il n’est pas rare qu’il y ait des divergences entre les notions du droit international et celles du droit interne et cela, même avant que l’interprétation indépendante des règles de conflit, s’inspirant des besoins spéciaux de cette branche de droit, n’ait été entreprise.*”. RABEL, Ernst. “Le Problème de la Qualification”. *Revue de Droit International Privé*, v. 28, p. 56, 1933. Nessa mesma linha, cf. MARRELLA, Fabrizio. *Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law?* In: YILDRIM, Ahmet Cemil; ESKIYÖRÜK, Serhat. *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*. Istanbul: Levha, 2014. p. 75-87, onde se lê: “*A further method of characterization is to resort to general principles of law. This method was advocated many years ago by a great Comparative and International Law scholar: Ernst Rabel. I believe that, today, we need to reconsider that theory under the light of the UNIDROIT Principles of International Contracts. The idea here is to step-out from the lege fori – lege causae debate and use a transnational standard such as the UNIDROIT Principles since they are much more than an academic Comparative Law exercise.*”

²⁹⁶ “*In traditional legal thinking, rights and obligations are to be determined by reference to a particular national legal system, the relevant system being identified by reference to the rules of private international law of the forum. But under the influence of scholars such as those mentioned above, it became recognized that this was too narrow an approach and that courts and arbitrators should be free to draw on a wider range of sources when determining issues arising in connection with cross-border transactions to which a given national law might not by itself be sufficiently responsive.*” GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan. *Transnational Commercial Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 23.

²⁹⁷ “*As dificuldades que surgem da harmonização [do direito internacional privado] são, por isso, particularmente grandes, decido ao fato de haver o legislador cogitado, em regra, quando da criação do seu sistema de direito, apenas de casos subordinados exclusivamente às leis vigentes em seu país. A possibilidade de colidirem dois sistemas de direito, na apreciação da mesma ocorrência, encontra-se, comumente, fora da órbita do legislador.*” WASSMUNDT, Fritz. *Divergência de Leis e sua Harmonização: Solução Proposta a Alguns Problemas Jurídicos Presos ao Direito Internacional Privado*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 64.

²⁹⁸ “*The history of the European codifications is inextricably linked with the rise of the modern nation state. The law of a country came to be regarded as a characteristic expression of its national spirit. This view was bound to lead to the particularization of legal science that is still with us today, and it has set legal science apart from almost all the other sciences taught at a modern university. There is no such subject as German chemistry or French medicine. But for the past hundred years or so there have been, in principle, as many legal systems*

173. Nesse contexto, pretende-se, justamente, buscar uma concepção mais universal para os contratos comerciais internacionais. Para fazê-lo, é necessário (i) averiguar a visão, dentro do direito comparado, do conceito de contrato comercial internacional, buscando um liame comum entre as diversas definições; bem como (ii) investigar se há um conceito puramente internacionalista de contrato comercial internacional.

174. No Brasil, os autores consistentemente conceituam os contratos internacionais como aqueles que possuem um elemento de estraneidade, isto é, “*a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos*”.²⁹⁹ Essa visão tem muita influência da doutrina internacional e do exame comparativo do conceito em outras jurisdições:³⁰⁰ na França, por exemplo, a doutrina qualifica o contrato internacional como aquele que possui “*éléments de rattachement avec plusieurs pays*”.³⁰¹

(and, consequently, legal sciences) in Europe as there are nation states. This is reflected in our modern law curricula and examination requirements, which are oriented almost exclusively toward the law of the respective countries for which they have been devised.” ZIMMERMANN, Reinhard. Civil Code and Civil Law: ‘The Europeanization’ of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science. *Columbia Journal of European Law*, New York, v. 1, n. 1, 1995. p. 65.

²⁹⁹ ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 233. Neste mesmo sentido, cf., STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. ed, 1992, p. 81; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. O conceito de contrato internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 47-62, abr./jun. 2017; BASSO, Maristela. “Introdução às Fontes e Instrumentos do Comércio Internacional”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 13-23; ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos. In: RODAS, João Grandino (coord.). *Contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 53.

³⁰⁰ “A movimentação de bens e serviços através de fronteiras é o indicador econômico da internacionalidade do contrato. Adotado como critério jurídico na França, onde são tidos como internacionais os contratos em que ocorrem os chamados fluxos recíprocos de bens e valores entre os dois sistemas. Esse índice de internacionalidade é adotado também no direito brasileiro, para certos tipos de contratos. [...] Nos Estados Unidos, após contornar o problema por vários anos, a Corte Suprema, no caso *Scherk v. Alberto Culver*, fixou as características para que se considerasse um contrato internacional: a nacionalidade das partes e o centro de seus interesses, o lugar das negociações, da assinatura e o da celebração (closing), e, por último, o objeto do contrato. [...] Uma conclusão a que se pode chegar é que uma relação jurídica, como se viu, pode estar em contato com mais de um sistema jurídico – através de qualquer um dos seus elementos: os sujeitos ou o objeto – ou apenas com um sistema jurídico. Se ocorrer a última hipótese, estaremos diante de um contrato puramente nacional; se nos defrontarmos com a primeira, estaremos em face de um contrato (ou situação) internacional.” BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010, p. 21-27.

³⁰¹ BATIFFOL, Henri. *Problèmes des Contrats Privés Internationaux - Fascicule I*. Paris : Association des Études Internationales, 1961, p. 1.

175. O mesmo conceito é adotado nos Estados Unidos³⁰² e na Itália,³⁰³ por exemplo. Assim, não há dúvidas que é possível encontrar uma definição comum de contrato internacional dentre os mais diversos ordenamentos jurídicos domésticos. Esse conceito passa pela determinação de um elemento estrangeiro – que, como se pode perceber, é sempre definido de forma ampla.

176. O direito internacional, da mesma forma, parece qualificar o contrato internacional por seu um elemento internacional. Na seara do direito não-estatal, por exemplo, adota-se, via-de-regra, um conceito amplo de contrato internacional. Nos comentários ao preâmbulo dos Princípios do UNIDROIT, diz-se que os contratos internacionais devem ser interpretados da forma mais ampla possível.³⁰⁴

177. Nesta linha, o artigo 1(2) dos Princípios de Haia afirma que os contratos são internacionais, salvo se cada parte tiver sede no mesmo Estado e se todos os outros elementos relevantes sejam conectados apenas com aquele Estado.³⁰⁵ Isso significa dizer, para o fim da aplicação desses Princípios, que os contratos são, via-de-regra, internacionais; apenas se conectados a um elemento doméstico é que estariam fora do conceito proposto.

178. A doutrina que comenta o direito dos contratos comerciais internacionais também conecta a definição de contrato internacional com a existência de um elemento de

³⁰² “[The Supreme Court] listed three factors as characteristic of the ‘international’ nature of the agreement, namely: (i) the fact that the parties were of different nationalities, with their principal place of business and the bulk of their activity in their respective countries; (ii) negotiations took place in a number of countries and involved consultation with legal and trade mark experts from these countries; and (iii) ‘finally, and most significantly, the subject-matter of the contract concerned the sale of business enterprises under the laws of, and primarily situated in, European countries, and whose activities were largely, if not entirely, directed to European markets.’” DELAUME, Georges. “What Is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma”. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 28, n. 2, p. 261-262, 1979.

³⁰³ “In prima approssimazione, è possibile affermare che I contratti sono internazionali (o transnazionali) e quindi si differenziano dai contratti interni, quando non sono destinati ad esaurirsi nell’ambito di un unico ordinamento statale. Pertanto, trattasi di rapporti che sollecitano più ordinamenti giuridici e la loro negoziazione necessita di particolari accordimenti.” GALGANO, Francisco; MARRELLA, Fabrizio. *Diritto del Commercio Internazionale*. 3a ed Roma: CEDAM, 2011. p. 307.

³⁰⁴ “The assumption, however, is that the concept of ‘international’ contracts should be given the broadest possible interpretation, so as ultimately to exclude only those situations where no international element at all is involved, i.e. where all the relevant elements of the contract in question are connected with one country only.” Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁰⁵ Artigo 1(2). For the purposes of these Principles, a contract is international unless each party has its establishment in the same State and the relationship of the parties and all other relevant elements, regardless of the chosen law, are connected only with that State.

estranheidade.³⁰⁶ Ademais, a doutrina internacionalista também qualifica os contratos comerciais como aqueles que possuem caráter econômico³⁰⁷ relacionados aos interesses do comércio.³⁰⁸

179. Essa breve incursão demonstra que parece haver um consenso quanto à noção de contrato internacional. Esse conceito é universal e definido o suficiente para permitir a correta qualificação do instituto e, com isso, auxiliar o operador do direito na correta delimitação do escopo da interpretação internacionalista.

180. Todavia, esse conceito dependerá, naturalmente, da análise da lei aplicável, especialmente nos casos de aplicação direta de instrumentos de direito estatal doméstico ou internacional que definam, expressamente, o conceito de contrato internacional. Caso uma determinada fonte de direito estatal (internacional ou doméstica) venha a se aplicar ao contrato, e caso essa fonte possua uma definição expressa de contrato internacional, esta definição deve ser observada pelo operador do direito – mesmo que limite, de alguma forma, o conceito geral, amplo e universal suportado, em geral, pela doutrina.

181. A CISG, por exemplo, afirma, em seu artigo 1º, que o contrato de compra e venda é internacional quando celebrado “*entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos*”. Na mesma toada, a Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos para o Transporte Internacional de Mercadorias Todo ou em Parte pelo Mar, de 2008 (“Convenção de Rotterdam”), também prevê que os contratos de transporte marítimo são considerados internacionais se alguns dos seus elementos sejam internacionais.³⁰⁹

³⁰⁶ “*Bearing in mind these discrepancies, and that it is therefore necessary to verify in each specific case (on the basis of the applicable law) whether the transaction is international or not, it will suffice for the purpose of this book to define a transaction as international whenever there is a foreign element to it that connects it with at least two different states.*” CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Applicable Sources and enforceability*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 5.

³⁰⁷ “*Commercial law, in its modern meaning, includes all matters predominantly economic in character and affecting international relationships. I think, therefore, that we should not limit our approach to matters concerning only the transfer or the exchange of goods, but include all those which are primarily of an economic character.*” MATTEUCI, Mario. The Contribution of Universal and Regional Organisations to the Development of International Trade Law. In.: SCHMITTHOFF, Clive e SIMMONDS, Kenneth. *International Economic and Trade Law: Universal and Regional Integration*. Leiden: A.W. Sijthoff, 1976, p. 86.

³⁰⁸ “*De acordo com a linha comercialista, o ‘negócio mercantil’ identifica-se com as operações feitas pelos comerciantes e que se corporificam em contratos.*” FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 28.

³⁰⁹ Essa definição deriva do texto do artigo 5(1) da Convenção, onde se lê, *in verbis*: “*Subject to article 6, this Convention applies to contracts of carriage in which the place of receipt and the place of delivery are in different States, and the port of loading of a sea carriage and the port of discharge of the same sea carriage are in different States, if, according to the contract of carriage, any one of the following places is located in a*

182. Essas normas restringem a definição do contrato internacional, qualificando-o como função da nacionalidade das partes ou de alguns elementos específicos do negócio que se busca regular. Contrastando o artigo 1º da CISG com o conceito geral amplamente aceito na doutrina, por exemplo, veremos que resultados diferentes poderão ser atingidos.

183. Tomando como hipótese um contrato de compra e venda internacional entre C e V, em que ambas as partes estão localizadas no Brasil, mas a venda é para ser entregue para uma subsidiária de C localizada em Rotterdam, na Holanda, enquanto o pagamento será realizado para uma subsidiária de V em nas Ilhas Cayman. Na definição mais ampla e universal aceita pela doutrina, esse contrato seria claramente qualificado como internacional; os o local da performance das duas principais obrigações na compra e venda – a entrega e o pagamento – será no estrangeiro. Todavia, na segundo a CISG, esse contrato seria doméstico.

184. Em suma, pode-se definir o objeto do regime interpretativo internacional como sendo qualquer contrato que contenha um elemento de estraneidade. Todavia, ao se averiguar se a avença é considerada como transnacional, deve-se observar, também, o corpo normativo doméstico ou internacional, que pode, por vezes, apresentar conceitos mais restritos e limitados.

185. Para além da conceituação do contrato comercial internacional, deve-se buscar, também, sua natureza jurídica dentro do arcabouço da teoria geral dos contratos. O papel de qualquer teoria do direito dos contratos é explicar normativamente o direito contratual, a sua natureza jurídica e a sua função dentro de qualquer ordenamento jurídico.³¹⁰ E mais: deve, também, explicar os contratos não apenas a partir da visão jurídica, mas também sob sua função na sociedade como um todo.³¹¹

Contracting State: (a) The place of receipt; (b) The port of loading; (c) The place of delivery; or (d) The port of discharge.”. Curioso notar que o artigo 5(2), contudo, exclui alguns elementos relacionados ao contrato de transporte marítimo da apreciação de sua internacionalidade, notadamente (i) a nacionalidade da embarcação; (ii) do transportador; (iii) das partes; (iv) do remetente; (v) do consignante; ou (vi) de qualquer das partes interessadas. Entretanto, deve-se ter em mente que essa regra trata da aplicabilidade da Convenção, e não especificamente da internacionalidade dos contratos de transporte marítimo, e afirma que a Convenção se aplica não obstante a regra do artigo 5(2). Logo, nos parece que a correta interpretação do dispositivo aponta para um conceito mais amplo de internacionalidade, que independe, inclusive, da nacionalidade das partes.

³¹⁰ "A contract theory is an attempt both to make normative sense of contract law as an institutional type and to come up with criteria for the evaluation of the law of any particular place." MURPHY, Liam. "Contract and Promise". *Harvard Law Review Forum*, v. 120, p. 10, 2009.

³¹¹ "Explanations can occur on at least two different levels. At the first level, a theory might seek to increase understanding of how various court decisions fit together and how the law develops. Explanations of this sort may be closely tied to the type of prediction discussed above. By classifying cases under various legal doctrines,

186. Nesse contexto, parece incompreensível imaginar a construção da economia internacionalizada sem uma concepção do que o contrato significa, em sua essência, para o comércio. No entanto, não se pensa muito, hoje, na natureza do contrato comercial no plano internacional – e muito menos por uma perspectiva internacionalista.

187. Esse parece ser um dos principais problemas da dogmática dos contratos comerciais internacionais. A ausência de um arcabouço teórico que permita ao operador do direito compreender os contratos como instrumentos do comércio internacional e, a partir daí, interpretá-los de forma a cumprir com a natureza e os objetivos que o comércio internacional impõe é essencial para o desenvolvimento desse estudo.

188. Esse arcabouço deve ser construído, ainda, sob a perspectiva internacional que arremata o contrato comercial sob análise. O comércio – a única razão pela qual os contratos existem – é em si um conceito universal;³¹² ele não se restringe a uma área no espaço ou no tempo, mas é comum a muitas nações e gerações.

189. O motivo pelo qual não se dá tanta atenção a esse ângulo é a visão ainda predominante de que os contratos internacionais são extensões dos contratos domésticos. Por esse motivo, a doutrina que examina os contratos comerciais internacionais tende a estender, também, a dogmática teórica dos contratos domésticos às avenças celebradas plano internacional.

one can see how they fit together and predict how new cases will be decided. However, insofar as explanations are based on past cases, they might not be reliable guides to future decisions. Judges change their minds, new judges with different views are appointed, and the law develops. Nonetheless, the doctrine of precedent works to preserve the same general rationale and pattern of decisions, so one can often perceive developing trends and extrapolate them into the future. Explanation can also be sought at a second level—that of understanding the role of contracts and contract law in society. While explanations of the first level are likely to stick closely to the principles enunciated by courts, explanations at this second level are much less likely to do so. Instead, they are apt to draw on economic, sociological, and historical perspectives. The terminology is likely to be that of the social sciences. The explanations are likely to be by causes rather than by reasons as on the first level. If one can identify underlying causes and trends, then predictions can be made. However, because the explanations are by causes rather than reasons, explanations of this second level are less likely than those of the first level to provide practicing lawyers persuasive arguments to use in court.” BAYLES, Michael D. “Introduction: The Purposes of Contract Law”. *Symposium on Jurisprudential Perspectives of Contract*, v. 17, n. 4, p. 613-626, 1983.

³¹² “The outstanding changes which have occurred in our time are the transition to a new economic world order, which in the Western countries has taken the form of regulated capitalism, and the re-awakening of the international conscience, both on the universal and regional plane.” SCHMITTHOFF, Clive. “The Legal Organisation of Commerce and its Relation to the Social Conditions”. In.: CHENG, Chia-Jui (ed.) *Selected Essays on International Trade Law*. Londres: Martinus Nijhoff, 1988, p. 106.

190. Existem duas teorias principais sobre a natureza do contrato – a teoria da promessa³¹³ e a teoria do consentimento.³¹⁴ Essas noções fundamentais estão diretamente relacionadas às duas principais tradições jurídicas: a teoria da promessa é base da *common law* dos contratos, enquanto a teoria do consentimento fundamenta o direito contratual civil.

191. Embora essas teorias forneçam racionais sólidos, elas falham em captar o papel do contrato no comércio internacional. Em particular, ambos os arquétipos deixam de promover a noção de que o contrato é fundamento da prática econômica,³¹⁵ afinal, os contratos são os meios pelos a economia globalizada se movimenta.³¹⁶

192. O que indica que o exame do contrato sob uma perspectiva econômica é da essência do comércio internacional são as fontes de direito aplicáveis aos contratos comerciais internacionais.³¹⁷ Um exame dessas normas indica que o direito do comércio internacional vê os contratos comerciais internacionais mais como instrumentos de transações econômicas.³¹⁸

³¹³ A chamada *promissory theory of contract* defende a noção que o fundamento jurídico do contrato tem base moral: o cumprimento de promessas. Segundo Charles Fried: “*The device that gives trust its sharpest, most palpable form is promise. By promising, we put in another man’s hand a new power to accomplish his will, though only a moral power: What he sought to do alone he may now expect to do with our promised help, and to give him this new facility was our very purpose in promising. By promising, we transform a choice that was morally neutral into one that was morally compelled.*” FRIED, Charles. *Contract as a Promise*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 8.

³¹⁴ Essa teoria vislumbra os contratos como declarações por meio da qual as partes criam, modificam e extinguem direitos e obrigações da vida privada. Afirma Emilio Betti: “*Uma definição, ainda hoje comum na doutrina, onde e tornou translaticia por uma espécie de inércia mental, caracteriza, ao invés, o negócio jurídico como uma manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos. Mas esta qualificação formal, frágil e incolor, inspirada no dogma da vontade, não lhe apreende a essência, a qual está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como fato social [...]. Por todas essas razões, que se compreendiam numa elementar exigência de sinceridade construtiva, evitaremos, cuidadosamente, no nosso estudo, a qualificação no negócio como ‘declaração de vontade’ [...] e falaremos sempre de ‘declaração’, sem qualquer acrescentamento, ficando entendido que se trata de declaração preceptiva reguladora de relações privadas.*” BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 91 e 113.

³¹⁵ “*As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter - explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente para a ideia de operação econômica*” ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 8.

³¹⁶ “*Much economic activity takes place within long-term, complex, perhaps multiparty contractual (or contract-like) relationships*”. GOLDBERG, Victor P. “*Relational Exchange: Economics and Complex Contracts*”. In. *Readings in the Economics of Contract Law*. Nova York: Cambridge University Press, 1992, p. 16.

³¹⁷ “*Si les textes du droit communautaire et du droit international ne sont guère explicites quant au sens à donner au terme ‘contrat’, ils sont beaucoup plus clairs concernant l’objet du contrat visé. Ces textes manifestent une volonté certaine de favoriser l’échanges.*” FAUVERQUE-COSSON, Bénédicte e MAZEAUD, Dennis (coord.) *Terminologie Contractuelle Commune*. Paris : Société de Legislation Comparé, 2008, p. 26.

³¹⁸ Essa visão parte de um exame do conceito de contrato comercial mais voltado para sua importância econômica do que jurídica. Isso porque os contratos são, em sua essência, mecanismos de movimentação da economia: é a confiança que as partes depositam no instituto que permite com que trocas sejam feitas, fazendo a economia girar. Segundo Benjamin Hermalin, Avery Katz e Richard Craswell: “*Absent a contract, the parties could be*

193. Nesse contexto, a primeira pergunta respondida pelas normas internacionais é: o que é o contrato comercial internacional? Para o comércio internacional, os contratos são instrumentos pelos quais as partes alocam riscos.³¹⁹ Essa hipótese dá aos contratos comerciais internacionais um caráter instrumental; seu objetivo é servir de veículo para que as partes definam onde recai o risco da avença.³²⁰

194. Os contratos comerciais são dotados de certa assimetria contextual.³²¹ Este jogo de assimetria é consequência natural da interação comercial. No ambiente negocial, as partes possuem informações distintas, baseadas no conhecimento particular de seus interesses e de sua posição de mercado, que ditam não só seu poder de barganha, mas também seu comportamento dentro das possíveis estratégias durante a negociação da avença.³²²

reluctant to trust each other to complete the agreed upon exchange at the called-upon time, and thus valuable exchange is forgone.” HERMALIN, Benjamin *et al.* “The Law and Economics of Contracts”. In: POLINKSY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Handbook Of Law and Economics*. V. I. Nova York: Elsevier, 2006, p. 8.

³¹⁹ “Well, so long as we (correctly) understand that contracting represents parties’ allocation of risk for a price, a contract is evidence of that allocation.” ALCES, Peter. *A Theory of Contract Law: Empirical Insights and Moral Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2011. p. 138. Nesta mesma linha, cf. POSNER, Richard; ROSENFELD, Andrew. “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”. *The Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 1, p. 88, 1977, onde se lê: “A fundamental purpose of contracts is to allocate these risks between the parties to the exchange.”

³²⁰ Cf. ALLEN, Douglas; LUECK, Dean. The Role of Risk in Contract Choice. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 15, n. 3, p. 704-736, 1999. p. 704. Neste mesmo sentido, cf. HART, Oliver e HART, Oliver; HOLMSTROM, Bengt. The Theory of Contracts. MIT Department of Economics Working Paper n. 418, 1986, p. 1-132 e HART, Oliver e HOLMSTROM, Bengt. The Theory of Contracts. In.: BEWLEY, Truman (ed.) *Advances in Economic Theory: Fifth World Congress*. Nova York: Cambridge University Press, 1987, p. 71-155.

³²¹ “The enforcer’s task is illuminated by considering the information structure. Contract theory models commonly focus on information asymmetries between parties and an external enforcer regarding outcome variables — events that materialize or actions that parties take after the contract is written. For example, parties may observe a seller’s investment choice but be unable to verify that choice to a court. In contrast, we focus on information asymmetry regarding context: those aspects of the parties’ shared knowledge when they contract that the enforcer later may not know. The existence of such “contextual asymmetry” helps to explain the need to contract: for if the enforcer could recover the parties’ context perfectly, he could create the contract they would have written, so parties could then delegate the contract writing job to him.” SCHWARTZ, Alan; WATSON, Joel. *Contract Interpretation and Contextual Asymmetry*, 2010. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Contract-Interpretation-and-Contextual-Asymmetry-Schwartz-Watson/220c138fc3d0fde606af3eebf9d38fd9591ed9b7>. Acesso em: 16 abr. 2023.

³²² “Information about the probability of breach is not the same for buyers and sellers at the formation stage of the contract. The individual customer has more knowledge about his own tendencies to adhere to contracts, and some scholars are inclined to emphasize this information asymmetry. I, however, would be inclined to put more weight on the dealer’s superior ability, gathered from his business experience, to assess the probability that an individual customer will back out of a deal. Dealers are in a better position to know the magnitude of damages in the event of a breach, as noted in the discussion of options. Dealers also would appear to be in a better position to spread the risk of a breach over similar transactions than would a customer.” GOLDBERG, Victor P. “An economic analysis of the lost-volume retail seller”. *Southern California Law Review*, v. 57, p. 283, 1984.

195. O direito dos contratos comerciais internacionais reconhece, de forma explícita, essa realidade. O melhor exemplo talvez seja o da regra prevista nos artigos 35(2)(b)³²³ e 35(3)³²⁴ da CISG. De acordo com esses dispositivos, o comprador é obrigado a revelar ao vendedor qualquer uso especial que o motivou a adquirir o bem.³²⁵ Se não o fizer, não poderá arguir a desconformidade e, como consequência, não poderá pleitear quaisquer dos remédios contra o inadimplemento.³²⁶

196. Essa regra reconhece a existência de uma assimetria contextual entre as partes.³²⁷ Nesse cenário, a opção do legislador foi de privilegiar a transparência, de modo permitir que a alocação de riscos (e custos) seja feita de forma clara e eficiente para ambas as partes.

197. A segunda indagação é: qual o objetivo do contrato? Para o comércio internacional, os contratos são meios pelos quais as partes trocam benefícios mútuos.³²⁸ Toda parte vê na avença uma troca benéfica para ela – senão, não faria sentido entrar naquele contrato específico.³²⁹

³²³ Art. 35(2) Salvo se as partes houverem acordado de outro modo, as mercadorias não serão consideradas conformes ao contrato salvo se: [...] (b) forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou implicitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da conclusão do contrato, salvo se das circunstâncias resultar que o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor, ou que não era razoável fazê-lo;

³²⁴ Art. 35(3) O vendedor não será responsável por qualquer desconformidade das mercadorias em virtude do disposto nas alíneas (a) a (d) do parágrafo anterior, se, no momento da conclusão do contrato, o comprador sabia ou não podia ignorar tal desconformidade.

³²⁵ “Dessa forma, além de estipular que a mercadoria deverpa ser adequada ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam, aduz que esta também deverá ser adequada a qualquer uso especial, desde que o comprador o tenha informado ao vendedor e razoavelmente confiado em sua competência e julgamento.” POTSCH, Bernard. *A CISG e a Conformidade das Mercadorias: Qualidade, Quantidade e Embalagem na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 97.

³²⁶ “According to article 35(3), the seller is not liable if the buyer knew of the lack of conformity or could not have been unaware of it. [...] For the Convention, the idea suggests itself that the presumption of corresponding promises in article 35(2)(a-d) cannot hold where the parties knew the condition of the goods and the buyer thus could not expect the seller to impliedly warrant the ordinary or particular qualities requisite for the contractual purpose.” SCHLECHTRIEM, Peter. “The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. In: GALSTON, Nina; SMIT, Hans (ed.) *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova York: Matthew Bender, 1984, p. 6-22.

³²⁷ “We contend, consistent with a longstanding literature from economics, that the primary explanation for an implied warranty is related to the question of asymmetric information.” GILLETTE, Clayton; FERRARI, Franco. “Warranties and ‘Lemons’ under CISG Article 35(2)(a)”. *Internationales Handelsrecht*, v. 10, n. 1, p. 2-17, 2010.

³²⁸ “For example, many principles of contract law facilitate mutually beneficial exchanges, thereby allowing resources to shift to uses where they are more highly valued” CLARKSON, Kenneth; MILLER, Roger LeRoy; MURIS, Timothy. “Liquidated Damages v. Penalties: Sense or nonsense?” *Wisconsin Law Review*, v. 1878, n. 2, p. 390, 1978.

³²⁹ “If we do lift our eyes, it is obvious that the most important reason to protect promisees’ performance or expectation interests is to give people reason to enter into mutually beneficial agreements that otherwise, for want of confidence in performance, would not be entered into.” MURPHY, Liam. *The Practice of Promise and*

198. Os artigos 30³³⁰ e 53³³¹ da CISG reconhecem que o contrato de venda se caracteriza por dois interesses fundamentais: obter a propriedade em troca do pagamento do preço da mercadoria. Se um desses interesses não se materializa, o remédio é a rescisão do contrato, na forma dos artigos 25,³³² 49(1)(a)³³³ e 64(1)(a)³³⁴ da Convenção.

199. Tem-se, portanto, que os contratos comerciais internacionais são, em sua essência, instrumentos de alocação de riscos,³³⁵ por meio da qual as partes buscam atingir benefícios mútuos.³³⁶ Esse conceito mais universal da natureza do contrato pode ser extraído da leitura das fontes do direito dos contratos comerciais internacionais, e, como tal, representa a visão do comércio internacional sobre o objeto de estudo desta tese.

3.2 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA HERMENÊUTICA DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS: FONTES, METODOLOGIA E LIMITES

200. Todo sistema hermenêutico é um método de determinação do conteúdo da norma.³³⁷ Seu estudo passa, no seu bojo, pela compreensão da forma como as diferentes normas aplicáveis

Contract. In.: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. *Philosophical Foundations of Contract Law*. Nova York: Oxford University Press, 2014, p. 167.

³³⁰ Art. 30. O vendedor estará obrigado, nas condições previstas no contrato e na presente Convenção, a entregar as mercadorias, a transmitir a propriedade sobre elas e, sendo o caso, a remeter os respectivos documentos.

³³¹ Art. 53. O comprador deverá pagar o preço das mercadorias e recebê-las nas condições estabelecidas no contrato e na presente Convenção.

³³² Art. 25. A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado.

³³³ Art. 49(1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato;

³³⁴ Art. 64 (1) O vendedor poderá declarar rescindido o contrato se: (a) o descumprimento pelo comprador de qualquer das obrigações que lhe incumbem segundo o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

³³⁵ “Whenever parties enter into a contract they realize that stances might change and that one of them may want to breach the contract. For example, a seller may receive a higher offer from someone or face higher production costs than he expected; or a buy longer need the good for which he contracted. The remedy against a breaching party will, of course, influence that party’ whether to breach. The remedy will also affect each party’s investment in ‘reliance’-expenditures made in anticipation of performance [...] In addition, the remedy for breach will allocate risks among the parties due to changed circumstances.” POLINSKY, A. Mitchell. “Risk Sharing through Breach of Contract Remedies”. *The Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 2, p. 427, 1983.

³³⁶ “The standard approach assumes that the parties enter a contract in order to secure investment in a jointly beneficial project” POSNER, Eric. “Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?” *Yale Law Journal*, v. 112, n. 1, p. 832, 2003.

³³⁷ “Hermenêutica jurídica é um método de interpretação, tendo por escopo determinar o sentido real da lei”. BUZAID, Alfredo. “Apresentação”. In: TOMASETTI, Alcides. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 7-8.

a um determinado fato ou ato jurídico interagem entre si.³³⁸ Formular um método hermenêutico passa, portanto, pela compreensão de suas fontes, sua metodologia interativa e seus limites.

201. No plano dos contratos comerciais internacionais, pouco se discute como as diversas fontes aplicáveis a estes instrumentos interagem entre si.³³⁹ A doutrina acaba por focar no estudo individualizado das normas, focando muitas vezes na descrição de suas regras e efeitos, sem examinar como essas diversas fontes do direito contribuem, coletivamente, para a construção do direito dos contratos comerciais internacionais.

202. Assim, torna-se necessário construir um método hermenêutico completo, que compreenda a forma de interação de todas as fontes que tangenciam os contratos do comércio internacional. Na construção desse método, partir-se-á (1) do exame das fontes do direito dos contratos comerciais. Depois, buscar-se-á compreender (2) como estas normas interagem entre si. Por fim, examinar-se-ão (3) os limites desse método hermenêutico.

3.2.1. FONTES DO DIREITO DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

203. Os contratos comerciais internacionais estão sujeitos à fontes classificadas por sua origem, que englobam tanto regras materiais, como conflituais.³⁴⁰ A primeira das fontes examinadas é (1) o direito estatal.³⁴¹ A segunda fonte é (2) o direito não-estatal.

³³⁸ “A hipótese de um ordenamento com uma ou duas normas, levantada no capítulo precedente, é puramente acadêmica. Na realidade, os ordenamentos são compostos por uma miríade de normas que, tal qual como as estrelas no céu, ninguém jamais foi capaz de contar.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 49.

³³⁹ Essa questão foi posta, no passado, pelo ilustre internacionalista francês Antoine Pillet – todavia, sem uma resposta conclusiva: “*La question se presente à nous comme se référant à la méthode, et cependant, tout bien considéré, il y a là plus qu’une question de conduite et de méthode ; le problème que nous avons posé sous sa forme pratique regarde em réalité le fond du droit. Il revient à se demander s’il peut dans notre société actuelle, exister une science unique et générale, droit véritablement international et qui puisse servir à résoudre, d’une façon uniforme, les conflits en quelques lieux qu’ils se présentent, ou si nous devons nous résigner à admettre que l’indépendance des divers États s’oppose à toute formation d’une doctrine commune dans cet ordre d’idées.*” PILLET, Antoine. *Étude sur les Sources du Droit International Privé*. In: BÉGUIN, Jacques et al. *Un Siècle d’Étude du Droit International: Choix d’Articles parus au Clunet (1874-2000)*. Paris: Litec, 2006. p. 160.

³⁴⁰ “*Si on laisse de côté, d’une part, les pays anglo-saxons, et, d’autre part, les tentatives de codification par voie de conventions internationales, on peu affirmer que les pays modernes reconnaissent que la législation civile de tout Etat, pour être satisfaisante, doit contenir un ensemble systématique de règles de solution des conflits de lois, consistant non pas en formules générales relatives à la personnalité ou la territorialité des lois ou en formules de rattachement fragmentaires, mais en une série de dispositions correspondant aux parties essentielles qui composent le droit privé.*” NOLDE, Barão Boris. *La Codification du Droit International Privé. Recueil des Cours, Leiden*, n. 55, p. 325-326, 1936.

³⁴¹ Aqui, tratamos de direito estatal todas as fontes produzidas pelo processo legislativo estatal, seja no plano doméstico, seja no plano internacional.

3.2.1.1. DIREITO ESTATAL

204. A principal fonte do direito dos contratos internacionais é o direito estatal. Como fonte clássica do direito, o direito estatal possui uma vantagem clara em razão de sua eficácia normativa: seja pelo fato de o direito doméstico ser produto do processo legislativo local, seja pelo fato de o direito dos tratados internacionais ser função de um pacto internacional, o direito produzido no âmbito das relações estatais é, na essência, a norma imperativa mais relevante no plano do direito dos contratos internacionais.³⁴²

205. Neste capítulo, examinaremos as fontes do direito dos contratos comerciais internacionais que emanam do Estado. São elas (1) as regras de conflito de leis; (2) as convenções internacionais de direito internacional privado conflitual e uniforme; e (3) o direito material doméstico.

3.2.1.1.1. REGRAS DE CONFLITO DE LEIS

206. A tradição sempre demanda que se inicie o exame da história do direito remontando ao direito romano: afinal, foram os romanos quem aperfeiçoaram, de forma sistemática e dogmática, o direito clássico.³⁴³ Ademais, foi a normativa romana que inspirou os glosadores e pós-glosadores durante a construção do direito medieval e guiou os primeiros movimentos de codificação continental, no fim do século XVIII e no início do século XIX.³⁴⁴

³⁴² “The question as to the reason of the binding force of international treaties always was, and still is, very much disputed. That all those publicists who deny the legal character of the Law of Nations deny likewise a legally binding force in international treaties is obvious. But even among those who acknowledge the legal character of International Law, unanimity by no means exists concerning this binding force of treaties. The question is all the more important as everybody knows that treaties are sometimes broken, rightly according to the opinion of the one party, and wrongly according to the opinion of the other. Many publicists find the binding force of treaties in the Law of Nature, others in religious and moral principles, others again in the self-restraint exercised by States in becoming a party to a treaty. Some writers assert that it is the contracting parties' own will which gives binding force to their treaties, and others teach that such binding force is to be found in *Rechtsbewusstsein der Menschheit*—that is, in the idea of right innate in man. I believe that the question can satisfactorily be dealt with only by dividing it into several different questions and by answering those questions *seriatim*.” OPPENHEIM, Lassa. *International Law: A Treatise*. V. I. Londres: Longmans, 1912, p. 542.

³⁴³ “Roman law has been the most innovative and most copied system in the West; the law of contract was the most original and the most admired part of that system.” WATSON, Alan. “The Evolution of Law: The Roman System of Contracts”. *Law and History Review*, v. 2, n. 1, p. 1, 1984.

³⁴⁴ Para um apanhado histórico da influência do direito romano no direito continental, cf. FREITAS DA ROSA, Afonso Claudio. *Estudos de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1916, pp 65-69.

207. A normatividade do direito romano era baseada na dominação do Império Romano sobre os povos estrangeiros.³⁴⁵ Em outras palavras, não havia conflito de leis no período romanos, mas sim um sistema normativo, codificado pelo poder central, que se aplicava no território dominado pelo império.³⁴⁶

208. Havia, sim, normas de direito específicas para os não-romanos. O chamado *jus gentium* era um conjunto de regras, baseadas nos usos e costumes aplicáveis às relações entre romanos e não-romanos.³⁴⁷ Essas normas não derivavam do processo normativo internacional como conhecemos hoje,³⁴⁸ mas sim de uma imposição caracterizada pela subjugação dos povos estrangeiros à dominação romana.³⁴⁹

209. Dentro dos princípios e axiomas que compunham a *jus gentium* romana, havia regras que autorizavam e regulavam a participação de estrangeiros no comércio.³⁵⁰ William Wirt Howe, ex-Ministro da *Lousiana Supreme Court*, cita uma declaração de Gaio – célebre

³⁴⁵ “[D]es individus étrangers, ainsi que les tribunaux locaux, se trouvaient confrontés à des formes de pression diverses pour aligner non seulement leur conduite juridique, mais aussi leur conduite sociale, sur les normes romaines” ANDO, Clifford. Pluralisme juridique et intégration de l’empire. In: KLEIJN, Gerda de; BENOIST, Stéphane. *Integration in Rome and in the Roman World: Proceedings of the Tenth Workshop of the International Network Impact of Empire* (Lille, June 23-25, 2011). Leiden: Brill, 2013. p. 18-19.

³⁴⁶ “Nation states imagine their institutions, infrastructure, and culture permeating uniformly throughout their territory and population. Ancient empires, by contrast, governed through the cultivation and management of difference: they incorporated subordinate political communities by riving them, one from another; social and economic conduct between constituent populations was constrained, while the distinctive normative orders of each population were celebrated and betimes codified by the imperial center” ANDO, Clifford. *Pluralism and Empire: From Rome to Robert Cover. Critical Analysis of Law*, v. 1, n. 1, 2013. p. 2.

³⁴⁷ “In Roman Law, for instance, a body of law called the *ius gentium* (as opposed to the *ius civile*) applied particularly to the relationships between Roman citizens and foreigners, i.e., *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit [...] quasi quo iure omnes gentes utuntur.*” FERRARI, Franco. “International Business, Law Merchant and Law School Curricula”. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 6, n. 1, p. 95-96, 1994.

³⁴⁸ “Cumpre salientar que o conceito de direito das gentes não equivale, de modo necessário, ao de direito internacional.” MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. *O Nascimento do Direito Internacional*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 33.

³⁴⁹ “If the emperor controlled both government and law, how could regional variations survive? From the time of Hadrian onwards, the emperor had acted as the supreme judge, who also created new legal rules through his constitutions.” TUORI, Kaius. “Legal Pluralism and the Roman Empires”. In: CAIRNS, John; DUPLESSIS, Paul. *Beyond Dogmatics: Law and Society in the Roman World*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2007, p. 47.

³⁵⁰ “In fact the marvelous influx of persons other than Romans did not create distinctively jural needs, but rather emphasized needs already found to have existed in a growing community where the originally simple forms of commercial intercourse necessitated an appeal to equitable principles (*bona fides*) as opposed to the stricter forms of a code derived from primitive days. Thus, to meet the requirements in actions between Roman citizens inevitably arising through sale (*emptio venditio*), letting and hiring (*locatio conductio*), partnership (*societas*), agency (*mandatum*), etc., it would become essential for the magistrate to shape the course of an *actio* upon principles suggestive of fair dealing (*ex bona fide*) and in forms suited to each occasion as it arose; and such a procedure must have been found indispensable between Roman citizens from earliest times.” SHERMAN, Gordon. “Just Gentium and International Law”. *The American Journal of International Law*, v. 12, n. 1, p. 56-63, 1918.

jurisconsulto romano do segundo século – afirmando que o *ius gentium* inspirou o *ius civile* – direito aplicável aos cidadãos romanos – no tema do direito dos contratos, por exemplo.³⁵¹

210. Como se vê, o *jus gentium* foi fundamental para a construção do direito dos contratos. A *lex romana* se desenvolveu, ainda que lentamente, por meio das regras que regiam as operações comerciais havidas entre romanos e não-romanos.³⁵²

211. Com o processo de estabilização dos Estados-nação e positivação do direito doméstico veio a criação das regras de conflitos de lei.³⁵³ Story indica duas possibilidades de determinação da lei aplicável aos contratos comerciais internacionais no direito continental daquela era: a *lex contractus* e a *lex executionis*.³⁵⁴

³⁵¹ "All peoples governed by laws and customs make use, partly of their own, partly of law common to all men; for the law which each people has formed for itself is peculiar to that state, and is called Jus Civile, as the law peculiar to the state itself; but the law which natural reason has formed amongst all men is observed in like manner among all peoples, and is called Jus Gentium, as the law employed by all nations. The Roman people, accordingly, used not only their own, but also the law common to all men. From this Jus Gentium have almost all contracts been derived; for example, purchase and sale, hiring, partnership, deposit; loan, and many others." HOWTE, William Wirt. "Jus Gentium and Law Merchant". *The American Law Register*, v. 50, n. 7, p. 382, 1902. As Institutas de Gaio, possuem citação similar, onde se lê: "The laws of every people governed by statutes and customs are partly peculiar to itself, partly common to all mankind. The rules established by a given state for its own members are peculiar to itself, and are called jus civile; the rules constituted by natural reason for all are observed by all nations alike, and are called jus gentium. So the laws of the people of Rome are partly peculiar to itself, partly common to all nations; [...]". WHITTUCK, E. A. *Institutes of Roman Law By Gaius*. Londres: Oxford, 1904. p. 1, §1.

³⁵² "Também aqui devemos concordar com HUVELIN: a influência do 'jus gentium', movido pela força propulsora do comércio, só lentamente se fez sentir; nos primórdios do Direito Romano não havia a bem dizer comércio, nem por conseguinte qualquer esboço de instituição de natureza comercial. A sociedade romana, até o fim das guerras púnicas, foi durante séculos patriarcal e de economia agrária, ignorando os contratos reais e consensuais, por exemplo. CASTRO CORRÊA, Alexandre Augusto. Existiu, em Roma, Direito Comercial?" *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 65, 1970. p. 75.

³⁵³ "This revolution in thought about the international order, the positivist approach to international law, reflected in private international law in two ways; first, in its justification, was reconceived as a voluntary deference to a foreign sovereign (rather natural law requirement). Secondly, in its application, as private international law rules were conceived as a matter of (territorial, discretionary) comity, thus a part of the domestic law of each state." MILLS, Alex. "The Private History of International Law". *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 1, p. 47. 2006.

³⁵⁴ "There are two texts of the civil law, which treat of this subject, which have been supposed by civilians to involve an apparent antinomy. One seems to require, that the place, where the contract is entered into, should alone govern the contract. Si fundus vaenierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet; if land shall be sold, it is to be warranted against eviction according to the law of the country, in which the business is transacted. The other, on the contrary, seems to require, that the place, where the contract is to be executed should govern it. Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit; every one is understood to have contracted in the place, in which he has bound himself to perform the contract." STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions and Judgments*. Boston; Billiard, Gray and Co., 1834. p. 194.

212. O autor estadunidense examina, ainda, as regras de conflito da *common law* da época, concluindo que a validade do contrato é regida pelo local de celebração do contrato.³⁵⁵ Ele observa, também, que as cortes de *common law* tendem a aplicar uma exceção à esta regra, baseada na noção de *comitas* trazida, de forma mais substancial, por Ulrich Huber.³⁵⁶

213. Savigny, por sua vez, previa, em seu método, regras para determinação da lei aplicável. O método clássico do autor alemão prevê cinco regras de determinação da lei aplicável, cada uma, na visão de Savigny, dependente da natureza da relação jurídica havida entre as partes.³⁵⁷

214. No que tange o direito dos contratos comerciais internacionais, a maioria dos Estados possuem uma regra específica de conflito de leis que estipula a lei aplicável a um contrato internacional. Essas leis seguem, em boa parte, a proposta de Savigny: determinar regras baseada em um dos elementos de conexão por ele identificados.³⁵⁸

³⁵⁵ “Generally speaking, the validity of a contract is to be decided by the law of the place, where it is made. If valid there, it is by the general law of nations, *jure gentium*, held valid every where, by tacit or implied consent. The rule is founded, not merely in the convenience, but in the necessities of nations; for otherwise, it would be impracticable for them to carry on extensive intercourse and commerce with each other.” *Ibid.*, p. 201-202.

³⁵⁶ “But there is an exception to the rule as to the universal validity of contracts, which is that no nation is bound to recognize or enforce any contracts, which are injurious to their own interests, or to those of their own subjects. This exception results from the consideration, that the authority of the acts and contracts done in other states, as well as the laws, by which they are regulated, are not, *proprio vigore*, of any efficacy beyond the territories of that state; and whatever is attributed to them elsewhere, is from comity, and not strict right.” *Ibid.*, p. 203.

³⁵⁷ “I hold, without hesitation, that the whole series of practical rules, as they have just been laid down in regard to the forum, also regulate the local law to be administered. That therefore is, according to the different cases, to be referred to the following places: I. When the obligation has a firmly-settled place of fulfilment, – to that place of fulfilment. II. When the obligation has arisen out of a continuous course of business carried on by the debtor, – to the place where this course of business has its permanent seat. III. When the obligation has arisen from a single act of the debtor at his domicile, – to the place of this act, so that a future change of domicile makes no difference. IV. When the obligation has arisen from a single act of the debtor away from his domicile, but under circumstances which raise an expectation that the fulfilment is to be in the same place, – to the place of this act. V. When none of these conditions exist, – to the domicile of the debtor.” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p 222. Dumoulin, por sua vez, propôs o seguinte arranjo: “il faut considérer les circonstances de la volonté parmi lesquelles le lieu où on a contracté, ou le domicile ancien ou récent des contractants, ou d’autres faits du même ordre.” ANCEL, Bertrand. *Les Conclusions sur les Statuts et Coutumes Locaux de du Moulin, Traduites en Français. Review Critique de Droit International Privé*, v. 1, n. 1, 2011. p. 27.

³⁵⁸ Cf., e.g., o artigo 4 da Convenção de Roma e os artigo 4 do Regulamento Roma I, que expressam exatamente esta estrutura. Norma multilateral com estrutura similar também pode ser encontrada no artigo 9 da Convenção do México. No direito internacional privado doméstico, o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro possui estrutura semelhante, assim como o artigo 2 da Lei chinesa de direito internacional privado de 2010, por exemplo (neste caso, cf. HUO, Zhengxin. “An Imperfect Improvement: The New Conflict of Laws Act of the People’s Republic of China”. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 60, n. 4, p. 1071, 2011, onde se lê: “Given the merits of the principle of closest connection, the Conflicts Act purports to strengthen and expand its application, insofar as article 2 (second paragraph) provides that a foreign-related civil relationship is governed by the law most connected to it, if neither this Act nor any other law designates the applicable law.”

215. A primeira fonte do direito dos contratos comerciais internacionais é, portanto, conflitual. Conhecer o direito conflitual doméstico aplicável aos contratos internacionais é vital para compreender o sistema de normas aplicáveis a estes instrumentos. Afinal, via-de-regra, o juízo do foro da disputa determinará a lei aplicável a um contrato de acordo com essas normas conflituais – incluindo a possibilidade de escolha da lei aplicável pelas partes.³⁵⁹

3.2.1.1.2. DIREITO DOS TRATADOS

216. O direito dos contratos comerciais internacionais não nasce apenas do processo legislativo doméstico. O direito dos tratados – construído a partir do conceito universalista de direito internacional, calcado na *sociedade de nações* observada por Francisco de Vitória, Alberico Gentili e Hugo Grotius³⁶⁰ – é, também, uma de suas fontes relevantes.

217. Desde o fim do século XIX, houve um forte movimento de harmonização das regras de conflito de leis. Um dos primeiros movimentos de uniformização do direito internacional privado razoavelmente bem-sucedidos ocorreu no plano das Américas. O Primeiro Congresso Sulamericano de Direito Internacional Privado, realizado em Montevidéu entre 1888 e 1889, gerou oito tratados e um protocolo.³⁶¹

218. Outro precursor desse movimento é o *Código de Derecho Internacional Privado*, elaborado por Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven e apresentado no 6º Congresso Panamericano, realizado em Cuba em 1928 (“Código Bustamante”). O Código Bustamante foi um ambicioso projeto de uniformização do direito internacional privado americano: em seu Título Quarto, Capítulo II, o Código Bustamante estabelece um conjunto de regras de conflito aplicáveis aos contratos internacionais. O artigo 175 do Código estabelece quais regras serão

³⁵⁹ “The majority of important provisions of private international law in most countries are of autonomous national origin and consequently can be found in the same types of sources as other rules of the *lex fori*, such as statutes enacted by national parliaments, precedents made by national courts, national legislative preparatory materials (*travaux préparatoires*), opinions of national legal writers, etc.” BOGDAN, Michael. Private International Law as Component of the Law of the Forum. *Recueil des Cours, Leiden*, n. 348, 2011. p. 35.

³⁶⁰ “Thus, in the classic works of F. Vitoria, F. Suárez, A. Gentili and H. Grotius, the world composed of nations was kept together by the unity of human society, in an essentially universalist perspective. The *jus communicationis* of Vitoria was conceived as a law for all human beings. Thus, as early as in the sixteenth and seventeenth centuries, to Vitoria and Suárez the State was not an exclusive subject of the law of nations, which encompassed also peoples and individuals; and Grotius took into account humanity firstly, and only secondly the States. The seeds of what appears as a true International Law for humankind can thus be found in this evolving *jus gentium*.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*. *Recueil des Cours, Leiden*, t. 1., n. 317, 2005. p. 39.

³⁶¹ Cf.: VILLELLA, Anna Maria. “A Unificação do Direito Privado na América Latina: Direito Uniforme e Direito Internacional Privado”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 21, n 83, p. 7-10, 1984.

consideradas de ordem pública internacional, e, portanto, regidas pela lei do foro.³⁶² Depois, o artigo 186 estabelece que aplicar-se-á aos contratos a lei comum dos contraentes; se tal lei não existir, aplica-se a lei do local da celebração do contrato.³⁶³

219. O Código estabelece, ainda, regras específicas para diversos contratos relevantes para o comércio internacional, como compra e venda, cessão e permuta,³⁶⁴ arrendamento,³⁶⁵ sociedades,³⁶⁶ mútuos,³⁶⁷ depósitos,³⁶⁸ contratos aleatórios,³⁶⁹ garantias,³⁷⁰ gestão de negócios,³⁷¹ transporte,³⁷² seguro³⁷³ e títulos de crédito,³⁷⁴ entre outras. Trata-se, portanto, de uma norma bastante completa no que tange à uniformização do direito internacional privado.

220. Todavia, em que pese sua abrangência e seu progressismo, o Código teve sucesso limitado. Poucos países o ratificaram sem reservas, e as reservas feitas limitaram, significativamente, o impacto do documento.³⁷⁵ Contudo, o Código Bustamante é, até hoje, bastante influente na jurisprudência contemporânea de alguns países, como o Brasil, por exemplo.³⁷⁶

221. Os instrumentos de uniformização do direito internacional privado dos contratos mais bem-sucedidos até o momento nasceram na Europa. O primeiro foi a Convenção de Roma, que se aplica para todos os contratos celebrados entre sua entrada em vigor, em 1º de abril de 1991,

³⁶² Art. 175. Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto.

³⁶³ Art. 186. En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración.

³⁶⁴ Livro Primeiro, Título Quarto, Capítulo IV, Artigos 194 e 195 do Código.

³⁶⁵ Livro Primeiro, Título Quarto, Capítulo V, Artigos 196 a 199 do Código.

³⁶⁶ Livro Primeiro, Título Quarto, Capítulo VII, Artigo 204 do Código.

³⁶⁷ Livro Primeiro, Título Quarto, Capítulo VIII, Artigo 205 do Código.

³⁶⁸ Livro Primeiro, Título Quarto, Capítulo IX, Artigo 206 do Código.

³⁶⁹ Livro Primeiro, Título Quarto, Capítulo X, Artigos 207 a 209 do Código.

³⁷⁰ Livro Primeiro, Título Quarto, Capítulos XII e XIII, Artigos 2012 a 219 do Código.

³⁷¹ Livro Primeiro, Título Quarto, Capítulo IV, Artigos 259 a 260 do Código.

³⁷² Livro Segundo, Título Segundo, Capítulo IV, Artigos 259 e 260 do Código.

³⁷³ Livro Segundo, Título Segundo, Capítulo V, Artigos 261 e 262 do Código.

³⁷⁴ Livro Segundo, Título Segundo, Capítulos VI e VII, Artigos 263 a 273 do Código.

³⁷⁵ Oficialmente, 16 países ratificaram o Código Bustamante, muitos com reservas a diversos dispositivos. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção sobre Direito Internacional Privado. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-31_codigo_bustamante_firmas.asp. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁷⁶ O STJ, por exemplo, faz uso frequente do Código Bustamante em questões de direito internacional privado. Cf., e.g., RHC 853/BA. Rel. Min. Dias Trindade, 6ª Turma, j. em 12/11/1990 (fundando a decisão no artigo 301 do Código, sobre delitos cometidos em navios ou aeronaves); RO 57/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 21/08/2008 (examinando questões de imunidade de jurisdição e execução); e REsp 1.705.222/SP. Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 16/11/2017 (aplicando o artigo 278 do Código Bustamante, sobre hipoteca de navios de bandeira estrangeira).

e 17 de dezembro de 2009, quando foi substituída pelo Regulamento Roma I. Estes instrumentos inauguraram uma nova era evolutiva do direito conflitual europeu.³⁷⁷

222. Noves fora os efeitos da mudança no espaço normativo europeu,³⁷⁸ a grande inovação do Regulamento Roma I em comparação com a Convenção de Roma foi a estipulação de um sistema mais abrangente e robusto de presunções.³⁷⁹ Nessa nova formatação, a determinação da lei aplicável deve ser feita com base na presunção relativa de que o contrato tem vínculos mais estreitos com o país da parte que deve efetuar a obrigação que seja mais essencial à característica do contrato.³⁸⁰ É o que prevê, por exemplo, os artigos 4(2)³⁸¹, 4(3)³⁸² e 4(4)³⁸³ do Regulamento Roma I.

³⁷⁷ “While American conflicts law was marching, or stumbling, through a loud revolution, European PIL was going through a quiet evolution. Rather than demolishing the established system, the Europeans gradually repaired it through limited and respectful judicial corrections and/or carefully crafted and exhaustively debated legislative overhauls.” SYMEONIDES, Symeon. “The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons”. *Tulane Law Review*, v. 82, n. 5, p. 49, 2008.

³⁷⁸ “In my opinion, the view that federalization does not change much underestimates the decisive difference between a treaty and a codification. The European Union is competent to regulate choice of law only ‘in so far as necessary for the proper functioning of the internal market.’ Although this is often read merely to suggest the need for uniform rules, this need alone would hardly justify a regulation over a treaty. Treaties, however, leave the interests of respective nations intact. Where national interests concur, treaties will perpetuate protection of these interests; where national interests differ, treaties can achieve compromises between these interests or, if no compromise is possible, leave the issue to each national state. A supranational codification is not confined in this way; it can also decide against the interests of all states for the interest of individuals or a transnational community. In this sense, its rules are neither unilateral nor bilateral, but distributive—it allocates regulatory competence from a central point. A supranational codification can establish neutral rules. But it also can (or even must, given the limited competences of the European Union) be based on the explicit policies of the European Union, the requirements of the common market. As an EU instrument, it stands in connection with the substantive policies of the European Union and these are often opposed to those of the individual states.” MICHAELS, Ralf. “The New European Choice-of-Law Revolution”. *Tulane Law Review*, v. 82, n. 5, p. 1622, 2008.

³⁷⁹ “[I]l édicte des rattachements fixes pour sept contrats nommés et prévoit, à titre subsidiaire, le rattachement du contrat à la loi de la résidence habituelle de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique et, plus subsidiairement encore, à la loi du pays avec lequel il présente les liens le plus étroits.” LAGARDE, Paul ; TENENBAUM, Aleni. De lá Convention de Rome au Règlement Rome I. *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 97, n. 4, p. 738, 2008.

³⁸⁰ “If the presumption is not given appropriate weight, the operation of Article 4 becomes almost indistinguishable from an open-textured ‘closest connection’ test”. HILL, Jonathan. “Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts”. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 2, p. 348, 2004.

³⁸¹ Art. 4(2). Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence.

³⁸² Art. 4(3). Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.

³⁸³ Art. 4(4). Where the law applicable cannot be determined pursuant to paragraphs 1 or 2, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.

223. Outro instrumento de harmonização do direito internacional privado dos contratos foi a Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada na Cidade do México em 1994 (“Convenção do México”). Ratificada apenas por México e Venezuela,³⁸⁴ a Convenção do México nunca teve relevância no cenário internacional.³⁸⁵

224. Na ausência de vontade expressa ou implícita, a Convenção determina que o contrato seja governado pela lei com os vínculos mais estreitos com o contrato, nos termos do artigo 9º.³⁸⁶ Este dispositivo demanda que se leve em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos relacionados ao contrato, bem como os princípios gerais de direito do comércio internacional reconhecido por organizações internacionais.

225. Além disso, a Convenção prevê, ainda, que guias, costumes, princípios do comércio internacional, bem como usos e práticas comerciais geralmente aceitas devem se aplicar para “*assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.*”³⁸⁷ Trata-se de inovação bastante moderna à época, e considerada, até hoje, como norma de vanguarda no direito internacional privado dos contratos.³⁸⁸

³⁸⁴ Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre a Lei aplicável aos contratos internacionais. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html>. Acesso em: 16 abr. 2023.

³⁸⁵ Apesar disso, seu conteúdo é frequentemente invocado como representativo da visão interamericana sobre o tema da lei aplicável aos contratos comerciais internacionais. “*Nesse sentido, a adoção do princípio da autonomia da vontade é um imperativo, pois acabaria com as divergências existentes, e permitiria às partes optar pela lei que lhes fosse mais conveniente. Foram essas as idéias norteadoras da CID IP V, que tiveram como resultado a aprovação da Convenção Interamericana sobre o Direito aplicável aos Contratos Internacionais, México, 1994, com intensa participação dos países membros do Mercosul*” (ARAÚJO, Nadia de. A autonomia da vontade nos contratos internacionais – situação atual no Brasil e no Mercosul. *Revista do Ministério Público*, v. 6, 1997. p. 160).

³⁸⁶ Art. 9. Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato rege-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos. 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 aceitos por organismos internacionais. Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado.

³⁸⁷ 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.

³⁸⁸ Para um exame detido do dispositivo, cf., e.g., BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 114; e TAQUELA, María Blanca Noodt. “Reglamentación General de los Contratos Internacionales en los Estados Mercosureños”. In ARROYO, Diego P. Fernández. (coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía, 2003, p. 1002.

226. Outras iniciativas de harmonização do direito internacional privado aplicável aos contratos internacionais na África³⁸⁹ e na Ásia³⁹⁰ são bastante incipientes. Nestes países – assim como nos países do continente americano –, o direito conflitual é, em sua grande maioria, ainda dependente da produção legislativa e jurisprudencial doméstica.

227. Na esteira da dificuldade de harmonização do direito internacional privado dos contratos, as convenções de direito uniforme têm angariado cada vez mais aderência ao redor do globo. Estas convenções também são relevantes fontes estatais do direito dos contratos comerciais internacionais.

228. A principal das convenções harmonizadoras é a CISG; boa parte da doutrina, ao tratar do direito uniforme, acaba repousando sua análise nos dispositivos da Convenção, que possuem um histórico de aplicação prática razoavelmente consistente.³⁹¹ Mas, como visto, existem outras convenções uniformizadoras em diversos outros setores do comércio internacional que são também bastante utilizadas.

229. Um fato comum entre as convenções de direito uniforme, como a CISG, são suas regras de aplicabilidade. A CISG prevê, logo no seu dispositivo inicial, as regras atinentes à sua esfera de aplicação, estabelecendo, de antemão, que a Convenção se aplica para os contratos de compra e venda de mercadoria entre partes localizadas em países diferentes quando (a) esses

³⁸⁹ “While the development of a comprehensive private international law regime has stagnated in Africa, the volume, structure and techniques of commercial dealings have advanced worldwide to the extent that Africa’s regime may not be able to meet the needs of the emerging commercial technique.” OPPONG, Richard Frimpong. “Private International Law and the African Economic Community: A Plea for Greater Attention”. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 4, p. 914, 2006.

³⁹⁰ Uma iniciativa recente no espaço asiático foram os Asian Principles of Private International Law, de 2017. Entretanto, trata-se de instrumento de inspiração similar aos Princípios da Haia: “Being the first private international law harmonization effort made on the basis of comparative analyses of the private international law of the 10 participating APPIL-Jurisdictions, the APPIL may be regarded as the first ‘voice of Asia’ in private international law worldwide. In a similar manner to the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, the APPIL may serve as a model for national and regional instruments. They may also be used by the private international law legislators of Asian jurisdictions to interpret, supplement and enact their own private international law statutes, and may even be applied by state courts and arbitral tribunals, albeit not as legally binding instruments but as ‘soft law’”. CHEN, Weizuo; GOLDSTEIN, Gerald. “The Asian Principles of Private International Law: Objectives, Contents, Structure and Selected Topics on Choice of Law”. *Journal of Private International Law*, v. 13, n. 2, p. 434, 2017.

³⁹¹ As duas mais conhecidas databases de jurisprudência da CISG – CISG Database, curada pelo Institute of International Commercial Law da Pace University, nos Estados Unidos, e CISG-Online, curada pela Universidade de Basel, na Suíça – por exemplo, cobrem, hoje, mais de 6.000 decisões de 69 jurisdições diferentes, e mais de 800 sentenças arbitrais aplicando a CISG. Disponível em: <https://cisg-online.org/home> e <https://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>. Acesso em: 16 abr. 2023.

países são Estados signatários da Convenção; ou (b) quando as regras de direito internacional privado do foro da disputa levam à aplicação da lei de um Estado signatário da convenção.³⁹²

230. A segunda regra, constante do artigo 1(1)(b) da CISG, é uma das regras mais inovadoras (e controversas) no direito dos tratados.³⁹³ O padrão no mundo do direito convencional internacional sempre foi a imperatividade da soberania, e, como consequência, a aplicação do princípio da relatividade dos tratados,³⁹⁴ gravado no artigo 34 da Convenção sobre o Direito dos Tratados, assinada em Viena, Áustria, em 1969 (“Convenção de Viena”).³⁹⁵

231. A CISG, ao autorizar a aplicação das suas regras por meio das regras de conflito do foro da disputa, inova ao autorizar cortes de Estados não-signatários a aplicar a convenção em casos em que as regras de conflito levem à aplicação da lei de um Estado signatário da CISG.

³⁹² Art.1 (1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: (a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

³⁹³ “*The predecessors of the CISG, the so-called Hague Sales Laws of 1964 - which were ratified by only nine states - used as the main requirement for application only that the parties were residing in different states, thus making it possible that parties from different states, which had not enacted the Uniform Sales Law, might have found their contract governed by this uniform law alien to both of them and to their countries. Therefore, this imperialistic claim of the old uniform sales laws was rejected in the preparation of the UN sales law, but not entirely. Article 1(1)(b) states that the CISG is applicable, if the parties are situated in different states - which need not be contracting states, if the conflict of law rules of the forum lead to the application of the law of a contracting state. [...] The consequence of article 1(1)(b), which meant that parties in non-contracting states could be subject to the application of the CISG, (a law that their country had not ratified), met with serious objections in Vienna, and it was accepted only on account of a compromise allowing a reservation,[9] that is a ratifying state could declare that it would not be bound by article 1(1)(b). It would, in other words, apply the Convention only if both parties had their places of business in different contracting states. This reservation was, unfortunately, made by a number of very important states such as China and the United States. It has attracted much scholarly attention and, consequently, some confusion.*” SCHLECHTRIEM, Peter. “Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG”. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 36, n. 4, p. 781-782, 2005.

³⁹⁴ O princípio da relatividade é de tamanha tradição na jurisprudência das cortes internacionais. No caso das Ilhas de Palmas, por exemplo, o Tribunal Arbitral decidiu que uma convenção celebrada entre a Espanha e os Estados Unidos não poderia vincular os Países Baixos, por este Estado não ser parte do tratado: “*It appears further to be evident that Treaties concluded by Spain with third Powers recognizing her sovereignty over the "Philippines" could not be binding upon the Netherlands*”. Island of Palms case, decisão de abril de 1928. In.: *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, V. II (1928), p. 850. A jurisprudência da Corte Permanente de Justiça segue a mesma linha; são diversos casos reconhecendo, expressamente, a relatividade dos tratados internacionais. Cf., e.g., *Status of Eastern Carelia*, opinião de 23/07/1923 (“*This rule only accepts and applies a principle which is a fundamental principle of international law, namely, the independence of States. It is well established that no State can be compelled to submit disputes to any kind of pacific settlement without its consent.*”); *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, decisão de 19/08/1929 (“*Whereas, in any event, Article 435 of the Treaty of Versailles is not binding on Switzerland, which is not a Party to this Treaty, except to the extent to which that country has itself accepted it*”); e *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder Case* decisão de 10/09/1929 (“*The Court, therefore, concludes that, even having regard to Article 338 of the Treaty of Versailles, it cannot be admitted that the ratification of the Barcelona Convention is superfluous, and that the said Convention should produce the effects referred to in that article independently of ratification.*”).

³⁹⁵ Art. 34. A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.

Para ilustrar essa regra, tome-se como exemplo um contrato de compra e venda de mercadorias celebrado entre um vendedor francês e um comprador inglês, e que prevê que qualquer disputa envolvendo as partes será resolvida nas cortes francesas. Pela regra geral prevista no artigo 1(1)(a) da CISG, a CISG não se aplicaria; afinal, o Reino Unido não é parte da CISG.³⁹⁶

232. Entretanto, pela regra adotada pelo artigo 1(1)(b) da Convenção, a CISG se aplicaria nesse caso concreto. A regra de direito internacional privado do foro – hoje, prevista no artigo 4(1)(a) do Regulamento Roma I³⁹⁷ – determina uma presunção em prol da aplicação da lei do local do vendedor. Nesse caso, como o vendedor está localizado na França – e como a lei francesa para a compra e venda internacional de mercadorias é a CISG – a CISG se aplicará.

233. Essa regra leva, inclusive, a aplicação da convenção mesmo nos casos em que ambas as partes estejam localizadas em países não signatários. Tome-se como exemplo um contrato de compra e venda celebrado entre um vendedor inglês e um comprador indiano, assinado no Brasil, que não estabeleça lei aplicável, mas preveja que qualquer disputa envolvendo as partes será resolvida nas cortes brasileiras – local onde a mercadoria será entregue.

234. Nesse caso, as cortes brasileiras aplicarão o artigo 9º da LINDB, que prevê que “[p]ara qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.” O país, ao adotar a regra da *lex contractus*, determina que a lei aplicável, nesse caso concreto, será a lei pátria – oriunda de Estado signatário da CISG. Logo, também nesse caso, a CISG se aplicará.

235. Outras convenções de direito uniforme elaboradas desde então possuem regras similares,³⁹⁸ tornam sua relevância muito maior. Se essas convenções uniformizadoras têm o

³⁹⁶ Para os motivos pelos quais o Reino Unido não ratificou a CISG até o momento, cf. MOSS, Sally. “Why the United Kingdom has not Ratified the CISG”. *Journal of Law and Commerce*, v. 25, n. 1, p. 483-485, 2006.

³⁹⁷ Art. 4(1)(a) A contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence.

³⁹⁸ Cf., e.g., o Artigo 3(1)(b) da *UNIDROIT Convention on International Financial Leasing*, assinada em Ottawa em 1988, onde se lê: “*This Convention applies when the lessor and the lessee have their places of business in different States and: [...] (b) both the supply agreement and the leasing agreement are governed by the law of a Contracting State.*”; o Artigo 2(1)(b) da *UNIDROIT Convention on International Factoring*, assinada em Ottawa em 1988, onde se lê: “*This Convention applies whenever the receivables assigned pursuant to a factoring contract arise from a contract of sale of goods between a supplier and a debtor whose places of business are in different States and: [...] both the contract of sale of goods and the factoring contract are governed by the law of a Contracting State.*”; Artigo 1(1)(b) da *United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit*, onde se lê: “*This Convention applies to an international undertaking referred to in article 2: [...] (b) If the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State, unless the undertaking excludes the application of the Convention.*”.

poder de ser aplicadas mesmo nos casos em que as partes estão localizadas em Estados que não são signatárias do tratado, conhecer seus dispositivos é essencial.

236. Outro ponto trazido pela CISG e adotado pelos demais tratados de direito uniforme foi a regra prevista no artigo 6º da Convenção.³⁹⁹ Este dispositivo autoriza as Partes a derogarem os dispositivos da CISG, parcial ou totalmente⁴⁰⁰ – prerrogativa bastante utilizada na prática.⁴⁰¹ Depois da ULIS e da ULFC,⁴⁰² a CISG foi a primeira convenção internacional a adotar o sistema de *opt-out*.⁴⁰³ Desde então, muitos dos tratados uniformes adotaram regra similar.⁴⁰⁴

³⁹⁹ Art. 6º. As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.

⁴⁰⁰ “The Convention, by virtue of law, applies to all sales contracts which come under its sphere of application. The parties may, however, exclude it as a whole, i.e. including Part II regarding the formation of the contract. This may facilitate the adoption of the Convention by certain States because it allows those business circles which cannot get to like it or, at least, not at once to evade it and/or grants them a longer period of adaptation, thus building down possible resistance.” EDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International Sales Law*. Nova York: Oceana, 1992. p. 47.

⁴⁰¹ “Although empirical evidence varies, there is sufficient evidence to support a conclusion that opting out is prevalent in the US, probably less common but still frequent in Germanic nations, and less common again in China. In the US, one study reported that 71 per cent of lawyers generally opt out, although a more recent study put this at 55 per cent of US lawyers. A large study showed that opt outs were ‘normal’ practice for 55 per cent of Austrian, 41 per cent of Swiss, and 42 per cent of German lawyers. In China, the rate of lawyers preferring to opt out could be 37 per cent or lower, although this evidence is from a small sample size. So from the front end of the legal process, it seems there is a range of frequencies of opt outs.” SPAGNOLO, Lisa. “The Last Outpost: Automatic CISG Opt Outs, Misapplications and the Costs of Ignoring the Vienna Sales Convention for Australian Lawyers”. Faculty of Law, Monash University. Research Paper N. 2009/01. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228169591_The_Last_Outpost_Automatic_CISG_Opt_Outs_Misapplications_and_the_Costs_of_Ignoring_the_Vienna_Sales_Convention_for_Australian_Lawyers. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁰² “The Uniform Law on International Sale (ULIS), in Article 3 of the Annex, expressly provided for the possibility of exclusion from the application of the Convention. At the same time, the Uniform Law on the Formation of International Contracts for International Sale of Goods (ULFC), also in 1964, established that its provisions are applicable unless the parties expressly or implicitly agree to apply other rules. Although ULIS and ULFC are still in force, they have been ratified by only nine States and have not achieved the penetration expected by the Hague Conference on Private International Law.” MENEZES, Wagner; CARVALHO, David França Ribeiro de. “The Opting-Out and Opting-In Systems of the 1980 Vienna Convention on The International Sale of Goods (CISG) and its Application in Brazil”. *Revista Jurídica*, v. 1, n 50, p. 488-512, 2018.

⁴⁰³ “Article 6 clarifies that the CISG applies subject to contrary agreement by the parties. The Convention takes an ‘opting-out’ approach, ie the exclusion of the CISG by mutual agreement is not only possible but necessary, if the parties do not wish to have its provisions applied in case the requirements for the application of the Convention (Articles 1–5, 100) are met. Otherwise, the CISG applies *ex officio* as law in force.” SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. “Article 6”. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. 4th ed. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 102.

⁴⁰⁴ Cf., e.g., o Artigo 5(1) da UNIDROIT Convention on International Financial Leasing, assinada em Ottawa em 1988, onde se lê: “The application of this Convention may be excluded only if each of the parties to the supply agreement and each of the parties to the leasing agreement agree to exclude it.”; o Artigo 3(1) da UNIDROIT Convention on International Factoring, assinada em Ottawa em 1988, onde se lê: “The application of this Convention may be excluded: (a) by the parties to the factoring contract; or (b) by the parties to the contract of sale of goods, as regards receivables arising at or after the time when the factor has been given notice in

237. Mas a experiência da CISG não inspira apenas inovações no campo do direito internacional privado. As convenções uniformes também são instrumentos influentes no direito material dos contratos. Um bom exemplo dessa influência é a regra de mitigação de danos contida no artigo 77 da CISG.⁴⁰⁵ Segundo o sistema da Convenção, a parte inadimplida tem o dever de mitigar os danos sofridos em razão do inadimplemento.⁴⁰⁶ Regra similar pode ser encontrada no artigo 7.4.8 dos Princípios do UNIDROIT,⁴⁰⁷ que prevê a mesma dinâmica.⁴⁰⁸

238. Essa regra é central no processo de modernização do direito dos contratos comerciais internacionais.⁴⁰⁹ O princípio da mitigação de danos vem sendo reconhecida como aplicável em países como o Brasil, por exemplo,⁴¹⁰ onde não há, necessariamente, sua positivação.

239. Ademais, os tratados de direito internacional público também podem vir a ter relevância no mundo do direito dos contratos do comércio internacional.⁴¹¹ O exemplo da

writing of such exclusion.”; Artigo 1(1)(b) da United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit, onde se lê: “This Convention applies to an international undertaking referred to in article 2: [...] (b) If the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State, unless the undertaking excludes the application of the Convention.”.

⁴⁰⁵ Art. 77. A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluindo os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

⁴⁰⁶ “Article 77 sets forth the principle of prevention applied in several legal systems. Under this principle the party threatened by loss as a consequence of a breach (fundamental or not) of contract by the other party is not permitted to await passively incurrance of the loss and then sue for damages. He is obliged to take adequate preventive measures to mitigate his loss.”

⁴⁰⁷ Art. 7.4.8. (1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party’s taking reasonable steps. (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.

⁴⁰⁸ “The purpose of this Article is to avoid the aggrieved party passively sitting back and waiting to be compensated for harm which it could have avoided or reduced. Any harm which the aggrieved party could have avoided by taking reasonable steps will not be compensated.” Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁰⁹ Alguns autores vislumbram essa regra como um princípio fundante do próprio comércio internacional: “*Il est remarquable que les arbitres voient dans les dispositions du droit applicable au contrat, consacrant l’obligation de minimiser le dommage, un reflet du principe général qu’ils s’appliquent, et non pas dans ce principe une règle commune à différents droits.*” DERAÏNS, Yves. L’Obligation de Minimiser le Dommage dans la Jurisprudence Arbitrale. *International Business Law Journal*, v. 1987, no. 4, 1987, p. 375-382, p. 378.

⁴¹⁰ Para um estudo mais detido sobre a recepção do princípio no direito doméstico de diversos países, incluindo o Brasil, cf. KULESZA, Gustavo. *Princípio da Mitigação de Danos: Evolução no Direito Contratual*. São Paulo: Juruá, 2015.

⁴¹¹ A doutrina mais moderna reconhece certa erosão nas fronteiras entre o direito internacional público e privado. Neste sentido: “*The central insight of the experiences of federal systems is thus that private international law must be understood and evaluated from a systemic perspective, as a form of international public law – a system of secondary legal norms for the allocation, the ‘mapping’, of regulatory authority. These norms are a response to the problem of potentially conflicting national substantive laws created by diversity in national regulatory systems, by the acceptance of pluralism in private law regulation. Rules of private international law are not primarily concerned with questions of private justice or fairness, but with the implications of justice pluralism,*

Convenção de Viena de 1969, é emblemático: esse tratado tem função primordial na interpretação de convenções internacionais, tanto naquelas de direito conflitual, quanto nas de direito uniforme.⁴¹²

240. Como se vê, os tratados têm um papel muito maior no mundo do direito do comércio internacional do que sua aplicação direta às partes oriundas de Estados-membros das convenções. Seja porque essas fontes têm o potencial de aplicação mesmo para as partes que não estejam localizadas em Estados signatários, seja porque eles têm forte influência no desenvolvimento do direito do comércio internacional, fato é que o direito dos tratados é uma das fontes mais relevantes do direito dos contratos internacionais.

3.2.1.1.3. DIREITO MATERIAL DOMÉSTICO

241. Por fim, importante tratar, também, da função do direito doméstico na dogmática do direito dos contratos internacionais. Trataremos mais à frente do papel limitador do direito local – que, através da aplicação das exceções clássicas ao direito internacional privado, tem o condão de eliminar o efeito da internacionalidade de qualquer ato ou fato jurídico –, mas o direito doméstico material (ou seja, as regras de direito contratual previstas na lei municipal) também são relevantes fontes de direito dos contratos internacionais.

242. Além da aplicação direta da norma local, por via do direito internacional privado, deve-se reconhecer, também a possibilidade de aplicação indireta do direito doméstico no desenvolvimento da dogmática dos contratos comerciais internacionais. Essa aplicação indireta se dá pela utilização da metodologia do direito comparado.

of 'meta-justice' – the acceptance that different legal orders may equally be justly applied depending on the context, and the attempt to coordinate the consequential diversity of rules of private law." MILLS, Alex. "Rediscovering the Public Dimension of Private International Law". *Hague Yearbook of International Law*, v. 24, p. 22, 2011.

⁴¹² "The common distinction between law making treaties and contract treaties may not be enlisted for interpretation purposes. Since the CISG is a treaty governed by international law, it must be interpreted according to rules of international law as set forth in Arts 31-33 of the VCLT. In contrast to autonomous methods of interpretation, these rules not only allow, but require consideration of foreign case law, thus promoting uniform application of the CISG and thereby serving legal predictability and security." ROTH, Marianne; HAPP, Richard. Interpretation of the CISG According to Principles of International Law. *International Trade and Business Law Annual*, v. 4, p. 1-11, 1999.

243. Há um enorme debate sobre a função do direito comparado na ciência do direito. Uns o veem como uma ciência subversiva;⁴¹³ outros como resistência.⁴¹⁴ Alguns defendem a primazia de sua função informativa,⁴¹⁵ enquanto outros propõem um papel normativo mais presente do método comparativo no desenvolvimento do direito doméstico.⁴¹⁶ Autores sugerem seu uso como um método de uniformização do direito;⁴¹⁷ outros, todavia, apontam elementos colonialistas e chauvinistas em alguns esforços comparativos.⁴¹⁸

244. No plano dos contratos internacionais, o método comparativo é bastante relevante na procura por elementos de confluência entre as diversas normas domésticas e, porque não,

⁴¹³ “On perçoit que cette unanimité quant au potentiel subversif de la comparaison porte également sur la cible de la subversion et les bienfaits de son exercice. La comparaison s’engage ainsi contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l’ethnocentrisme, c’est-à-dire, contre la conviction répandue (quel que soit le pays) selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables.” MUIR WATT, Horatia. La fonction subversive du droit comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 52, n. 3, 2000. p. 506.

⁴¹⁴ “Accordingly, without by any means wishing to dispute comparative law’s subversive possibilities, one can still ask whether there might be another role for comparative law, namely as a means of resistance. Why resistance rather than subversion? There are two principal reasons. The first is that subversion suggests the undermining of an established regime whereas resistance means something less. It suggests not the destruction of an established notion, theory, or idea but an obstacle to its elevation into some kind of established programme (if not paradigm) whose credibility becomes beyond question. Secondly, while the idea of subversion certainly acts as a rallying point for a percentage of the comparative law literature, it probably cannot act as a complete description of all the published work. There are some key articles that certainly challenge existing ideas but these articles cannot, arguably be described as subversive. They are really acts of resistance.” SAMUEL, Geoffrey. “Comparative Law as Resistance”. In: MUIR WATT, Horatia; ARROYO, Diego P Fernández. *Private International Law and Global Governance*. Nova York: Oxford University Press, 2014. p. 24.

⁴¹⁵ “The primary aim of comparative law, as of all sciences, is knowledge. If one accepts that legal science include not only the techniques of interpreting the texts, principles, rules, and standards of a national system, but also the discovery of models for preventing or resolving social conflicts, then it is clear that the method of comparative law can provide a much richer range of model solutions than a legal science devoted to a single nation, simply because the different systems of the world can offer a greater variety of solutions than could be thought up in a lifetime be even the most imaginative jurist who was corralled in how own system.” ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. 3. ed. Nova York: Clarendon Press, 1998. p. 15.

⁴¹⁶ “O direito comparado é útil para um melhor conhecimento do nosso direito nacional e para seu aperfeiçoamento.” DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 6.

⁴¹⁷ “The narrow focus of mainstream comparative law on national legal systems and its concomitant neglect of other regimes is a vestige from the heyday of nationalism at the time of the Paris Congress. As we meet at the New Orleans Congress a century later, we have entered a more international era and need to broaden our horizon to encompass the transnational sphere of law. There is some movement in that direction, but it is still sporadic and limited to a few areas. Comparative law needs a general and fundamental updating that replaces the nationalist premises dating from 1900 with the international realities of the year 2000.” REIMANN, Mathias. “Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age”. *Tulane Law Review*, v. 75, n. 4, p. 1119, 2001.

⁴¹⁸ “[T]he present practice of imposing purely Western secular legal and political systems on African, Middle Eastern and Asian societies, without incorporating into those systems at least some basic factors in the traditional philosophy of the living law of the native people, is likely to end in failure.” NORTHROP, F.S.C. “The Comparative Philosophy of Comparative Law”. *Cornell Law Quarterly*, v. 45, n. 4, p. 657-658, 1960.

internacionais.⁴¹⁹ Segundo E. Allan Farnsworth, o direito comparado deve ser, sim, utilizado na hermenêutica dos contratos comerciais internacionais, sempre em busca de elementos comuns entre os diversos ordenamentos jurídicos relevantes a uma determinada avença.⁴²⁰

245. Essa ideia do direito contratual comparado como elemento de resgate de um *tronc communne* não é nova. Mauro Rubino-Sammartano, pai da teoria,⁴²¹ já argumentava, no fim dos anos 1980, que, na hipótese de ausência de escolha de lei pelas partes, os árbitros poderiam aplicar os princípios comuns entre os direitos nacionais das partes da disputa.⁴²²

246. Gaillard leva a ideia de Rubino-Sammartano um passo além, asseverando que árbitros e julgadores podem utilizar esse método mesmo quando há escolha de lei pelas partes, para que possa o intérprete identificar se as particularidades do direito doméstico escolhido estão em linha com as tendências mais modernas do direito comparado.⁴²³

⁴¹⁹ “Uma das principais tarefas da comparação é, portanto, concentrar-se na convergência e não na aparente divergência legislativa. O resultado: a descoberta de estruturas jurídicas comuns. O comparatista deve, portanto, adotar uma abordagem central comum, se estiver interessado em revelar arcabouços profundos de confluência e um bom trabalho comparativo não deve parar na avaliação de diferenças superficiais de sistemas jurídicos.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; PONTES, Jean Rodrigo. “Direito Comparado e Direito Internacional Privado: Afinidade, Fraternidade e Futuro”. In: FARIAS, Inez e MOSCHEN, Valesca. *Desafios do Direito Internacional Privado na Sociedade Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 306.

⁴²⁰ “It is only a small step from the search for a ‘common core’ to agendas of contract law harmonization and unification. Thus, this second branch of comparative contract law often builds on the search for commonalities. Yet, it also goes much further and seeks actively to establish compromises bridging the gap between the various systems’ concepts and rules. Efforts to harmonize or even unify contract law are driven less by academic interest than by the practical (real or perceived) needs of the business community for internationally uniform contract rules.” FARNSWORTH, E. Allan. *Comparative Contract Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Nova York: Oxford University Press, 2006. p. 3.

⁴²¹ BLACKABY, Nigel *et al.* *Redfern & Hunter on International Arbitration*. 6ª Ed. Nova York: Kluwer Law International, 2015, p. 201, NR 166, onde se lê: “The *tronc commun* doctrine was first elaborated by Rubino-Sammartano in 1987”.

⁴²² “Les parties n’ont eu à l’égard d’une loi inconnue (la loi nationale de leur cocontractant) qu’un réflexe naturel et légitime de prudence. Elles n’ont cependant pas voulu aller plus loin et rejeter ce qui était commun à leurs lois nationales. Conserver ce «tronc commun» apparaît comme un choix clair et naturel. La volonté des parties de ne pas s’engager de façon hasardeuse est confirmée par des indices concrets comme, par exemple, leur effort pour rédiger des contrats self sufficient, c’est-à-dire des contrats très complets, aptes à répondre à toutes les difficultés. Les parties craignent en effet d’être soumises à telle ou telle disposition législative inconnue d’elles et qu’elles n’auraient donc pas voulue.” RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. Le ‘Tronc Commun’ des Lois Nationales en Présence (Réflexions sur le Droit Applicable par l’Arbitre International). *Revue de l’Arbitrage*, v. 1987, n. 2, p. 136, 1987.

⁴²³ “Any allegation made by a party in a given case will necessarily find an answer in the form of a generally accepted rule, even if no such rule is contained in any precedent award, international treaty or pre-established list. It will then be for the arbitrators to assess, if such situation arises, whether or not the contention made by the requesting party finds general support in comparative law. For example, one author applied this methodology to the very complex and detail-oriented field of damages (including quantum, interest rates, starting point of interest calculations, punitive damages, etc.), and through this research was able to describe

247. Segundo John Honnold, essa abordagem comparatista incentiva uma visão mais empírica (e pragmática) do direito.⁴²⁴ No mundo do direito dos contratos comerciais internacionais, privilegiar o pragmatismo e o empiricismo é, no fim, protetivo dos interesses das partes.

248. Importante, então, reconhecer uma função metodológica para o direito comparado. A função sugerida por Gaillard, por exemplo, parece fazer sentido: utilizar o método comparado para identificar similaridades e idiossincrasias do direito doméstico aplicável que possam afetar, da alguma forma, a eficiência e segurança jurídica da avença.

249. Portanto, na construção de um método hermenêutico para a integração e interpretação dos contratos comerciais internacionais, atenção deve ser dada não só ao direito internacional privado e às convenções uniformes, mas também ao direito doméstico material. Essas fontes não só podem ser aplicadas diretamente a um caso concreto, como podem também ter relevância hermenêutica indireta, seja na construção do contrato, seja na influência que exercem sobre o direito dos contratos do comércio internacional como um todo.

3.2.1.2. DIREITO NÃO-ESTATAL

250. Além do exame do direito estatal, o sistema contemporâneo do direito dos contratos comerciais internacionais demanda também o estudo de normas de direito não-estatal.⁴²⁵ São elas (1) os princípios do direito dos contratos comerciais internacionais; e (2) as práticas, usos e costumes do comércio internacional.

the trends which could be applied to such specific issues by arbitrators having to apply transnational rules."
GAILLARD, Emmanuel. *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making. Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001. p. 64.

⁴²⁴ "In the first place, meeting different formulations of solutions to common problems tends to waken an exponent of a single national rule from his dogmatic slumber. It also encourages an empirical approach to lawmaking".
HONNOLD, John. *The Reconciliation of International and National Condifications of International Trade Law*. In.: SCHMITTHOFF, Clive e SIMMONDS, Kenneth. *International Economic and Trade Law: Universal and Regional Integration*. Leiden: A.W. Sijthoff, 1976, p. 79.

⁴²⁵ "De fait, dans l'ordre international, des sources du droit dont la procédure d'élaboration est complexe (les traités, mais aussi certains actes unilatéraux d'organisation internationale) coexistent librement avec d'autres dont la 'spontanéité' est la première des qualités. La remarque ne se réduit pas à la seule relation entre coutume et traités. En réalité, les hypothèses d'engagements non formalisés sont aussi diverses que variées."
FORTEAU, Mathias. *Les Sources du Droit International Face au Formalisme Juridique. L'Observateur des Nations Unies*. V. 30, n. 1 (2011), p. 63.

3.2.1.2.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

251. A primeira fonte que demanda exame são os princípios do direito dos contratos comerciais internacionais. No direito contemporâneo, esses princípios encontram-se gravados em instrumentos que podem assumir diversas facetas, com diversas nomenclaturas distintas: princípios, guias, regras, leis-modelo, *etc.*⁴²⁶ Todavia, todos possuem características comuns.

252. Primeiro, eles não são produtos do processo legislativo.⁴²⁷ Elas são elaboradas por acadêmicos, geralmente sob o guarda-chuva de uma instituição internacional.⁴²⁸ Por isso, ainda que não tenham força de lei, esses instrumentos possuem, sim, valor normativo (ainda que relativo):⁴²⁹ pelo fato de serem constituídos por um grupo de notáveis, e organizados sob os auspícios de uma instituição cuja função é harmonizar o direito privado, estas normas possuem credibilidade – fator relevante para sua adoção prática.

⁴²⁶ “The various soft law instruments in international commercial law include model laws, a codification of custom and usage promulgated by an international nongovernmental organization, the promulgation of international trade terms, model forms, contracts, restatements by leading scholars and experts, or international conventions.” GABRIEL, Henry Deeb. “The Advantages of Soft Law in International Commercial Law”. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 34, n. 3, p. 658-659, 2009.

⁴²⁷ “Las fuentes hard implican necesariamente la participación del Estado en su elaboración, aplicación y ejecución. En la esfera internacional, dichas fuentes se materializan en tratados o convenciones internacionales de carácter obligatorio. Mientras tanto, en la elaboración, aplicación y ejecución de las fuentes soft, que carecen de carácter vinculante, se abre un amplio espacio para que intervenga la sociedad civil.” MARTÍN, Nuria González; ALBORNOZ, María Mercedes. El Auge de las Fuentes Soft en el Comercio Internacional en Tiempos de Globalización. In: RAMÍREZ, Manuel Becerra (coord.). *Fuentes del Derecho Internacional desde una Visión Latinoamericana*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018. p. 230.

⁴²⁸ “In the late 1950s and early 1960s, Clive Schmitthoff, but also others, including Aleksandar Goldstajn, observed the emergence of special rules for international trade that were being developed by various organizations involved in international commerce. Perceiving similarities with medieval customs of itinerant merchants, and thus with the old English law merchant or *lex mercatoria* that was purportedly derived from such customs, Schmitthoff and Goldstajn called this body of law a ‘new law merchant’. These rules were autonomous in the sense that they were formulated by specialists of international commerce themselves within private trade organization but also within intergovernmental organizations, so-called ‘formulating agencies’.” DASSER, Feliz. *Soft Law in International Commercial Arbitration. Recueil des Cours*, Leiden, n. 402. 2019. p. 474-475.

⁴²⁹ “Contrairement à mon maître admire mais critique, Prosper Weil, je tiens que la normativité – ou la juridicité, mais le droit est par essence normatif – est relative. Entre le non-droit et le droit impératif existe tout un dégradé de normes plus ou moins contraignantes qui vont de celles auxquelles on ne peut déroger à peine de nullité et, dans certains cas au moins, de sanctions coercitives et répressives, à celles qui exposent ce que devrait être un comportement ‘normal’ sans que puisse résulter une quelconque affliction d’une conduite non conforme. En d’autres termes, je suis de ceux qui considèrent résolument que ‘it is excessively simplistic to divide written norms into those that are binding and those that are not’.” PELLET, Alain. Les raisons du développement du soft law en droit international : choix ou nécessité? In: DEUMIER, Pascale ; SOREL, Jean-Marc. *Regards Croisés sur la Soft Law en Droit Interne, Européen et International*. Paris: LGDJ, 2018, p. 177-178.

253. Segundo, apesar de não serem instrumentos legislativos, essas normas de direito não-estatal são organizados, em geral, utilizando-se a mesma linguística aplicada a uma lei ou tratado. Esse fator metalinguístico facilita a compreensão do instrumento pelo operador do direito, já familiarizado com o formato, a organização e a linguagem legislativa.⁴³⁰ Essa técnica remonta à experiência norte-americana com o instituto dos *Restatements* – instrumentos elaborados pelo *American Law Institute* (“ALI”) cujo objetivo é consolidar as regras postas pela jurisprudência estadunidense.⁴³¹

254. As fontes de direito não-estatal compartilham, ainda, três funções. A primeira: servir como lei aplicável a um determinado contrato.⁴³²

255. Apesar de algumas regras conflituais ainda proibirem a opção por normas não-estatais,⁴³³ percebe-se uma maior flexibilização dessa regra, principalmente no mundo da arbitragem comercial internacional.⁴³⁴ Ali, prevalece a *voir directe* na determinação da lei aplicável quando não há escolha das partes.⁴³⁵

⁴³⁰ “*The drafting style of the Principles resembles that of civilian codes rather than that of Anglo-American statutes. The language is concise and straightforward so as to facilitate comprehension also by nonlawyers, and deliberately avoids terminology peculiar to any given legal system, thereby creating a legal lingua franca to be used and uniformly understood throughout the world 23, all the more so as the Principles are available in all the major international languages*” BONELL, Michael Joachim. *The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law. Recueil des Cours*, Leiden, n. 388, 2016. p. 24.

⁴³¹ “*Ces Principes sont souvent rapprochés de la technique américaine des Restatements, plus spécifiquement du ‘Restatement 2nd of the Law of Contract’.* Comme les Restatements, ils constituent un corps de solutions ordonnées dans un domaine précis, se présentent sous la forme d’articles assortis de commentaires et ne tirent leur autorité persuasive que de leur origine doctrinale.” FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. *Les Contrats du Commerce International, Une Approche Nouvelle: Les Principes d’UNIDROIT Relatifs aux Contrats du Commerce International. Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 50, n. 2, p. 464, 1998.

⁴³² Os próprios Princípios do UNIDROIT, em seu preâmbulo, afirmam isso: “They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them”

⁴³³ O exemplo mais célebre é o Regulamento Roma I: “*It is also reflected in the unprecedented provision allowing parties to choose nonstate rules of law, regardless of whether they litigate or arbitrate their dispute. A similar provision appeared in the draft of the European Union’s Rome I Regulation, but it was not included in the final instrument.*” MARSHALL, Brooke Adele. *The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law. The American Journal of Comparative Law*, v. 66, n. 1, 2018. p. 179.

⁴³⁴ Um bom exemplo está no artigo 2º, §2º, da Lei de Arbitragem brasileira. “*O artigo 2º institui, afinal, a autonomia da vontade, não só nos contratos internacionais como também nos contratos de direito interno submetidos à arbitragem, promovendo uma verdadeira revolução no direito brasileiro, que sempre se mostrou reticente com relação a esta teoria. Permite-se, agora, às partes, em um contrato nacional ou internacional, estipular na convenção arbitral a lei aplicável, ou ainda determinar a aplicabilidade de princípios gerais do direito, além dos usos e costumes.*” ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 120-121.

⁴³⁵ “*Dans ce cas, une règle subsidiaire, beaucoup moins élaborée que les règles de conflit en vigueur dans les ordres juridiques étatiques, confère aux arbitres le pouvoir de déterminer eux-mêmes le droit applicable.*” JACQUET, Jean-Michel. *Droit International Privé et Arbitrage Commercial International. Recueil des Cours*, Leiden, n. 396, 2019. p. 34.

256. Segundo, estes instrumentos também são fatores de integração das outras fontes do direito. Caso se observe alguma lacuna (seja no direito doméstico, seja no direito dos tratados, seja, ainda, no direito não-estatal), as normas de direito não-estatal podem ser utilizadas para preencher esse vácuo, integrando o direito estatal e auxiliando, portanto, na interpretação dos contratos internacionais.⁴³⁶

257. Essa função integradora é mais bem observada no contexto das convenções uniformes. A CISG, por exemplo, prevê, em seu artigo 7(2), que as questões governadas, mas não resolvidas, por ela devem ser resolvidas utilizando, preferencialmente, os princípios gerais que basearam a Convenção. Parte da doutrina afirma que os instrumentos de direito não-estatal são, justamente, uma das fontes desses princípios.⁴³⁷

⁴³⁶ “*In brief, courts in various countries greatly differ not only on whether they refer to the Principles, but significant variations are noted on the reasons why they refer to the Principles and the legal route they choose to take in order to apply them. But in those jurisdictions where the UNIDROIT Principles are better known, regardless of the route chosen for entering into national legal systems (“general principles of law”, “trade usages”, “lex mercatoria”, or simply as an additional tool offering comparative perspectives), most national reports point to cases in which individual provisions of the Principles are cited and relied upon by arbitral tribunals and courts as a check on the reasonableness of the outcome reached under the otherwise governing law.*” GARRO, Alejandro; RODRÍGUEZ, José A. Moreno. “The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform Interpretation of National Laws”. In: GARRO, Alejandro; RODRÍGUEZ, José A. Moreno. (ed.) *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*. Cham: Springer, 2021, p. 54.

⁴³⁷ “*In addition, national courts and international arbitrators should resort to the UNIDROIT Principles in order to interpret ambiguous provisions and to fill the many gaps found in the CISG. The fact that many gaps in the CISG were intentional should not necessarily discourage the application of the UNIDROIT Principles because the Principles were adopted for the specific purpose of supplementing international instruments such as the CISG, thus complementing the terms of contracts and the usages of trade that govern international sales transactions.*” GARRO, Alejandro, Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG. *Tulane Law Review*. V. 69, n. 5, (1994-1995), p. 1.189. Neste mesmo sentido, cf. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Interpretation and gap-filling under the CISG: contrast and convergence with the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, p. 4-28, 2017. p. 20-21; KOMAROV, Alexander. “Contract Interpretation and Gap Filling from the Prospect of the UNIDROIT Principles.” *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, p. 31, 2017; BONELL, Michael Joachim. “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law”. *Révue Juridique Themis*, v. 36, n. 2, p. 348-354, 2002; e KOTRUSZ, Juraj. “Gap-Filling the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. *Uniform Law Review*, v. 14, n. 1-2, p. 33, 2009. Mesmo os autores que são contra o uso dos instrumentos de direito não-estatal na interpretação e integração das convenções uniformes entendem que seu uso se justifica pela prática contemporânea. Cf., e.g., FERRARI, Franco. “Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law”. *International Business Law Journal*, v. 2, n. 2, p. 145, 2003.p. 230, onde se lê: “*In this author's opinion, it is not correct to compare either the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts or the Principles of European Contract Law to the general principles upon which the CISG is based. Article 7(2) CISG clearly refers to ‘the general principles on which it [the CISG] is based’. Thus, recourse to external principles, such as the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law, appears to be excluded. This does not mean, however, that the UNIDROIT Principles and the Principles of European Contract Law are meaningless whenever a contract is governed by the CISG. These principles can be useful, for instance, to corroborate a solution reached through the application of the CISG's rules, as evidenced not only by several arbitral awards, but also by one state court decision; on these occasions, the UNIDROIT*

258. A jurisprudência segue a mesma linha: o exemplo mais claro de como as regras de direito não-estatal servem uma função integrativa à CISG ocorreu no caso *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, onde a *Cour de Cassation* da Bélgica reconheceu a possibilidade de revisão do contrato por alteração das circunstâncias, aplicando a regra de *hardship* contida no artigo 6.2.2. dos Princípios do UNIDROIT para complementar a lacuna da Convenção.⁴³⁸

259. Terceiro, elas servem, também, como fatores de influência na modernização do direito contratual contemporâneo. Segundo Lauro Gama Jr., os instrumentos de direito não estatal são formidáveis ferramentas de atualização do direito doméstico.⁴³⁹

Principles of International Commercial Contracts were used to find corroboration of the results reached by applying the rules of the CISG.” Nesta mesma linha, cf. HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*. Munique: Sellier, 2007, p. 35-36; e SICA, Lucia Carvalhal. “Gap-filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles Supplement the Gaps in the Convention?” *Nordic Journal of Commercial Law*, n. 1, p. 23, 2006.

⁴³⁸ “1. En vertu de l'article 79, alinéa 1er, de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, faite à Vienne, le 11 avril 1980, une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences. Des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent, dans certains cas, constituer un empêchement au sens de cette disposition conventionnelle. 2. L'article 7.1 dispose que pour l'interprétation de cette convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. L'article 7.2 dispose que les questions concernant les matières régies par la convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé. Afin de compléter les lacunes de manière uniforme il y a lieu de puiser dans les principes généraux régissant le droit du commerce international. En vertu de ces principes, tels que consacrés notamment par 'Unidroit Principles of International Commercial Contracts', la partie contractante qui fait appel aux circonstances modifiées perturbant fondamentalement l'équilibre contractuel comme visé au numéro 1, a le droit de réclamer la renégociation du contrat.” *Scafom International v. Lorraine Tubes S.A.S.* Decisão de 19.06.2009. Disponível em <http://www.unilex.info/cisg/case/1457>. Acesso em: 16 abr. 2023. Marcel Fontaine, comentando o caso, afirma que: “The Belgian Cour de Cassation certainly rendered an interesting decision in this hardship case. It took a clear and bold position on the scope of Article 79 of the Vienna Convention, and it did not hesitate to refer to the UNIDROIT Principles provision on renegotiation to fill a gap under Article 7(2).” FONTAINE, Marcel. “Hardship, CISG and the UNIDROIT Principles: an Important Decision of the Belgian Court de Cassation”. In: JUNIOR, Umberto Celli et al. (coord.). *Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 123-139, p. 139.

⁴³⁹ “Assim, a globalização abriu caminho a certos experimentos jurídicos transculturais, regionais como globais, que geraram identidades comuns entre sociedades, agentes econômicos, advogados, juízes e árbitros até então divididos conforme suas respectivas nacionalidades. Esse direito não obrigatório pôde penetrar nos sistemas nacionais através dos interstícios existentes nos direitos internos e nos instrumentos tradicionais de direito internacional (tratados e convenções). De outro lado, o espaço tradicional de atuação do legislador nacional foi ampliado ante a presença do direito internacional (entendido no sentido mais amplo do termo). Mais do que provocar a fragmentação ou o enfraquecimento da ideia de Estado-nação, a mundialização econômica criou incentivos para a reforma legislativa dentro do Estado ou com a participação do Estado a partir de modelos transnacionais. Hoje, é incontornável que processos de renovação legislativa considerem a realidade

260. Essa terceira função pode ser observada de duas formas: primeiro, na adoção de instrumentos de direito não-estatal como lei doméstica. Há dois exemplos relevantes: a adoção, pela Lituânia, de parte das regras contidas nos Princípios do UNIDROIT⁴⁴⁰ e a incorporação, pelo Paraguai, dos Princípios da Haia como regra de conflito dos contratos internacionais.⁴⁴¹

261. Segundo, a utilização das normas de direito não-estatal em precedentes de cortes nacionais envolvendo temas de direito dos contratos internacionais. No Brasil, por exemplo, o STJ já fez referência aos Princípios do UNIDROIT como indicativos da ótica do direito comercial internacional em pelo menos três casos.⁴⁴²

internacional, suas fontes e novos atores.” GAMA JR., Lauro. “O Impacto da CISG no Direito Contratual Brasileiro”. In: KULESZA, Gustavo Santos e MOREIRA, Rodrigo (coord.) *Direito Contratual e Convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 9-23.

⁴⁴⁰ “The Code’s contract law provisions are concentrated in Book 6, “Law on Obligations”, Part II of which (Articles 6.154-6.228) deals with general provisions on contract law. The first version of Part II totally coincides with Chapter II of Book 5 of the Civil Code of Québec. For example, a contract was initially defined by several elements including cause and object. However, two important documents, received after the first draft of the Civil Code had been prepared, called for some of the issues to be reconsidered. The first of these documents was the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; the second, the Principles of European Contract Law. A detailed study of these texts persuaded the Working group that the Chapter on general provisions of contract law had to be redrafted, and it was decided to incorporate into the Civil Code as many provisions of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as possible, taking into account the social and economic realities of Lithuania. As a result, most of the provisions of the UNIDROIT Principles were incorporated into the draft Civil Code. [...] In stating that the majority of articles of the UNIDROIT Principles have been incorporated into the Civil Code, it is not intended to convey the impression that all the rules contained in the UNIDROIT Principles have been accepted in their entirety. For various reasons, some articles were rejected in part or in full.” MIKELENAS, Valentinas. “Unification and Harmonisation of Law at the Turn of the Millennium: The Lithuanian Experience”. *Uniform Law Review*, v. 5, n. 2, p. 251-252, 2000. Para um exame mais detido de quais normas dos Princípios do UNIDROIT foram adotados pelo direito lituano, cf., ZUKAS, Tadas. Reception of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law in Lithuania. In: RITAINE, Eleanor; LEIN, Eva. *The UNIDROIT Principles 2004: Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*. Zurique: Schulthess, 2007. p. 231 *et seq*, bem como FARIA, José Angelo Estrella. “The Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws”. *Uniform Law Review*, v. 21, n. 2-3, p. 248-249, 2016; BONELL, Michael Joachim. “The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years”. *Uniform Law Review*, v. 2, n. 1, p. 37, 1997.

⁴⁴¹ Disponível em <https://www.hcch.net/es/news-archive/details/?varevent=392>. Acesso em: 16 abr. 2023. A recepção tem sido positiva na doutrina paraguaia: “Paraguayans need no longer be ashamed. After suffering one of the more anachronistic regimes in the world in the field of international contracting, they are now reaping the benefits of an apt regulation. The new law recognizes broad party autonomy, clarifies several issues that can arise in connection with the principle and sets a limit on this liberty in a balanced public policy context that takes into account basic postulates of local law as well as the relevant requisites in this matter, seen through the prism of cosmopolitanism.” RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. “The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past?” In: UNIDROIT (ed.) *Eppur si muove: The Age of Uniform Law Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. V. 2. Roma: UNIDROIT, 2016, p. 1.117. Nesta mesma linha, cf. RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. “Beyond the Mexico Convention and the Hague Principles: What’s Next for the Americas?”. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 2, p. 440, 2017.

⁴⁴² Cf. STJ. AREsp 1.077.135. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 29.08.2019; STJ. REsp 1.244.21. Rel.: Min. Raul Araújo, j. em 20.09.2017; e STJ. AREsp 899.035/RS; Rel.: Min. Raul Araújo, j. em 05.05.2016.

262. Outras cortes também fazem uso recorrente desses e outros instrumentos para delinear a abordagem do direito dos contratos comerciais internacionais a um determinado tema.⁴⁴³ As regras de direito não-estatal também têm bastante relevância no mundo da arbitragem comercial internacional. Não é incomum que tribunais arbitrais internacionais façam uso de normas de direito não-estatal para justificar suas decisões.⁴⁴⁴

263. O principal desses instrumentos é os Princípios do UNIDROIT. Criados originalmente em 1994,⁴⁴⁵ os Princípios são atualizados periodicamente.⁴⁴⁶ A última versão, de 2016, incluiu normas específicas para os contratos de longa-duração – um reconhecimento da relevância dos contratos complexos para o comércio internacional contemporâneo.⁴⁴⁷

264. Os Princípios englobam, no seu bojo, regras atinentes à principiologia geral dos contratos, formação, validade, interpretação, conteúdo, inadimplemento, resolução, perdas e danos, cessão, prescrição e decadência, entre outras. Como se vê, se trata de um amplo escopo – muito mais abrangente do que qualquer convenção de direito uniforme.⁴⁴⁸

⁴⁴³ Na database UNILEX – que reúne o maior número de precedentes referenciando os Princípios do UNIDROIT, e possível encontrar mais de 550 casos oriundos de 38 jurisdições distintas, bem como tribunais arbitrais das mais diversas origens e tribunais internacionais. Disponível em <https://www.unilex.info/>. Acesso em: 16 abr. 2023. Aliás, a doutrina afirma que juízes fazem tanto uso dos Princípios os árbitros. Neste sentido, cf. MICHAELS, Ralf. The UNIDROIT Principles as Global Background Law. *Uniform Law Review*, v. 19, n. 4, p. 643-668, 2014. p. 650, onde se lê: “*While we have no evidence for an increase in arbitral awards that use the PICC, we can clearly observe such an increase in judicial opinions. This emerges from the numbers on UNILEX (Figure 2). The effect is likely increased if we take into consideration that judicial opinions in Spain have apparently begun to reference the PICC only around 2006; a similar recent development can be observed in Ukraine.*”³⁴ By contrast, numbers from international arbitration seem to remain low.”

⁴⁴⁴ Segundo a database UNILEX, existem 230 sentenças arbitrais publicadas que mencionam os Princípios do UNIDROIT, por exemplo. A grande maioria das decisões têm origem em arbitragens administradas pela CCI – 127 das 230 decisões se originam nesta câmara. Em segundo lugar encontra-se a *International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*, com 40 decisões fazendo referência aos Princípios. Duas sentenças arbitrais brasileiras – uma proferida sob a égide da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, e outra em uma arbitragem ad hoc – também utilizaram os Princípios em casos regidos pela lei pátria. Disponível em: https://www.unilex.info/principles/cases/arbitral_award. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁴⁵ Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁴⁶ Além da versão original, de 1994, existem outras três versões dos Princípios, datadas de 2004, 2010 e 2016. Disponíveis em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁴⁷ “*Em 2013, pouco tempo depois da conclusão da 3ª edição, publicada em 2010, o UNIDROIT decidiu fazer uma nova reforma, desta vez para incluir disposições aplicáveis especificamente aos contratos de longa duração. Além de atender a uma demanda doutrinária pela adoção de normas que atendessem às particularidades destes contratos, observava-se um aumento nos litígios envolvendo este tipo de contrato nas arbitragens internacionais.*” MOREIRA, Rodrigo Cavalcante. *A Resolução dos Contratos de Longa Duração pela Quebra da Confiança*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 48.

⁴⁴⁸ “*As I have shown earlier, the CISG does what the CISG does, and it does it fairly well, but its scope is limited. There have been various attempts to harmonize European contract and sales law, but to the extent that these*

265. Pelo menos em tese – os Princípios têm, na sua origem, a busca por regras inspiradas nas melhores soluções dadas pelas diversas traduções jurídicas aos problemas dos contratos internacionais.⁴⁴⁹ Os Princípios do UNIDROIT, portanto, são um “*droit savant*”,⁴⁵⁰ provendo uma nova abordagem comparativa aos problemas observados no comércio internacional. Michael Joachim Bonell, citando Michael Furmston⁴⁵¹ e Marcel Fontaine,⁴⁵² confirma o papel reflexivo dos Princípios como instrumento de avanço do direito privado contemporâneo.⁴⁵³

are viable projects, they are very Eurocentric and therefore do not travel well. The Principles, on the other hand, have the advantage of being contemporary as well as having been drafted with a universal and not a regional perspective. This lack of a regional perspective is what has made the Principles actually attractive to attempts at regional harmonization, for it has become clear that even when creating regional rules, international commercial law is based on universal standards.” GABRIEL, Henry Deeb. “The UNIDROIT Principles of International Contracts as a Basis for Teaching Law Reform and Other Legal Skills in the Course on Transnational Law”. *ELTE Law Journal*, v. 127, n 2, p. 134, 2015.

⁴⁴⁹ Esse fato é reconhecido, inclusive, na introdução aos Princípios do UNIDROIT, onde se lê: “*For the most part the UNIDROIT Principles reflect concepts to be found in many, if not all, legal systems. Since however the UNIDROIT Principles are intended to provide a system of rules especially tailored to the needs of international commercial transactions, they also embody what are perceived to be the best solutions, even if still not yet generally adopted.*”

⁴⁵⁰ “*Precisely because of their ‘droit savant’ nature, the UNIDROIT Principles are simultaneously traditional and innovative. Their principles and rules are not limited to those already accepted in most of the world’s legal traditions, such as the principles of freedom of contract (Article 1.1) and the right to damages (Article 7.4.1). They also contain rules which reflect a new perspective on a particular problem, a rule better suited to meet the special needs of international trade practice*”. GAMA JR., Lauro. “Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil”. *Uniform Law Review*, v. 16, n. 3, p. 616, 2011.

⁴⁵¹ FURMSTON, Michael. “The UNIDROIT Principles and International Commercial Arbitration”. In: BÉRAUDO, Jean-Paul, *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria*. Paris: ICC Publishing, 1995, p. 205.

⁴⁵² FONTAINE, Marcel. Les Principes pour le Contrats Commerciaux Internationaux élaborés par UNIDROIT. *Revue de Droit International et Droit Comparé*, v. 68, n. 1, p. 30, 1991.

⁴⁵³ “*The UNIDROIT Principles, like the Restatements in the United States, are intended to enunciate rules which are common to (most) existing legal systems, even though this objective player a considerably less important role than in the Restatements. The reasons for this have been summarized by one of the Rapporteurs: ‘[I]t is important to emphasise that the working group did not attempt to find the lowest common denominator of contract rules. This kind of enterprise makes good sense in a federal jurisdiction like the United States where the differences between individual States are relatively small; where the conceptual apparatus of all contract lawyers is common; and, where on many issues all States will apply the same rule. The working group tried to produce a set of principles which was internally coherent. Obviously, this objective could not be reached simply by taking a series of majority views on a whole range of contract problems.’ To the extent that the UNIDROIT Principles do not reflect the common core of the various national systems, they aim at selecting the solutions which seem adapted to the special requirements of international trade. As stated by another Rapporteur: ‘The intention is to prepare Principles acceptable to business people engaged in international trade and coming from different legal systems from around the world. The proposed instrument must, on one hand, take into account the latest changes in the most recent codifications [...]. On the other hand, the Principles address themselves primarily to practitioners and should respond to the real needs of the protagonists of international commerce’ (translation from French original). Consequently, whenever it was necessary to choose between conflicting rules, the criterion used was not merely arithmetical. In other words, what was decisive was not just which rule was adopted by the majority of countries, but rather which of the rules under consideration had the most persuasive value and/or appeared to be particularly well suited for cross-border transactions.”* BONELL, Michael Joachim. *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3ª Ed. Nova York: Transnational Publishers, Inc., 2005, p. 46-47.

266. Em que pese o excepcional trabalho feito pelo UNIDROIT, alguns atribuem aos Princípios certo caráter eurocêntrico.⁴⁵⁴ Os Princípios também são bastante criticados por seu pequeno impacto direto: são poucos os casos reportados na jurisprudência de cortes estatais e tribunais arbitrais em que os Princípios foram escolhidos como a lei aplicável,⁴⁵⁵ o que coloca em cheque sua eficácia direta na regulamentação dos contratos do comércio internacional.

267. Outros instrumentos de direito não-estatal que têm função similares são os PECL e os *Principles of Asian Contract Law* (“PACL”). Esses instrumentos têm maior foco na harmonização de culturas jurídicas regionais, de modo que sua aplicação é um pouco mais limitada do que os Princípios do UNIDROIT. Há, ainda, algumas tentativas de elaboração de instrumentos específicos por setor, como no caso dos ramos de resseguros, por exemplo.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ “*The relatively slow growth of UNIDROIT membership and its underrepresentation in developing countries (especially sub-Saharan Africa) are undoubtedly weaknesses for the organisation. UNIDROIT remains Eurocentric in its membership, which is reflective of both the location of its seat and its history.*” BRYDIE-WATSON, William. “The three sisters of private international law: an increasingly co-operative family rather than sibling rivals”. In: JOHN, Thomas *et al.* *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020, p. 28. Neste mesmo sentido, cf. ROSENBERG, Arnold *et al.* “International Commercial Transactions, Franchising, and Distribution”. *The International Lawyer*, v. 46, n. 1, p. 200, 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23827360>. Acesso em: 16 abr. 2023, onde se lê: “*The UNIDROIT rules carried little or no weight outside of Western Europe because the rules were viewed as too Eurocentric and irrelevant to legal cultures outside Western Europe.*” Essa visão, contudo, é minoritária: no sentido oposto, cf., e.g., BASEDOW, Jürgen. “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration – General Report”. *Uniform Law Review*, v. 8, n 1-2, p. 34, 2003, onde se lê: “*There are several pointers to the rise of universalism in the domain of private law: the installation, in the framework of the United Nations system, of a number of institutions with a global purview such as the International Maritime Organisation, the International Civil Aviation Organisation, the United Nations Conference on Trade and Development etc.; the creation of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) as a separate and non-political body attached to the General Assembly and devoted to the improvement of international business law; the accession of the United States and various other American countries as well as a number of African and Asian States to the existing institutions, in particular to the Hague Conference on Private International Law and to UNIDROIT. Both these institutions have attempted to leave behind their erstwhile Eurocentric orientation – and have succeeded to some extent.*” Na mesma linha, cf. FARNSWORTH, E. Allan. A Common Lawyer’s View of his Civilian Colleagues. *Louisiana Law Review*, v. 57, n.1, p. 227-238, 1996. p. 224-237

⁴⁵⁵ “*Despite this evidence that demonstrates the acceptance of the UPICC by courts numerically their usage is modest.*” HOEKSTRA, Johanna. “The Normative Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on Courts”. *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*. V. 23, n 1, p. 80, 2019.

⁴⁵⁶ Cf., e.g., HEISS, Helmut. “The Principles of Reinsurance Contract Law: An Optional Instrument of Transnational Reinsurance Law”. *Uniform Law Review*, v. 25, n 1, p. 4-20, 2020.

268. Existem, ainda, instrumentos focados em questões de conflito de leis aplicáveis aos contratos comerciais internacionais.⁴⁵⁷ É o caso dos Princípios da Haia,⁴⁵⁸ cuja função é influenciar os Estados-membros da HCCH a adotar regras compatíveis com eles.⁴⁵⁹

269. Estes instrumentos de direito não-estatal, portanto, têm um papel importante no sistema de fontes dos contratos comerciais internacionais. Elas podem, ao mesmo tempo, serem aplicadas diretamente – nos casos em que as partes optem pela adoção de um desses instrumentos como lei aplicável ao seu contrato – ou podem servir de elemento de interpretação do direito aplicável, seja pela sua função integrativa, seja como elemento de determinação do conteúdo do direito do comércio internacional.

⁴⁵⁷ No plano africano, há também uma proposta de Jan Neels pela formulação de Princípios Africanos de Direito Internacional Privado Aplicáveis aos Contratos Comerciais Internacionais. NEELS, Jan. “The African Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts – a First Drafting Experiment”. *Uniform Law Review*, v. 25, n. 2-3, p.426-436, 2020.

⁴⁵⁸ “I.8 *As their title suggests, the Principles do not constitute a formally binding instrument such as a Convention that States are obliged to directly apply or incorporate into their domestic law. Nor is this instrument a model law that States are encouraged to enact. Rather, it is a non-binding set of principles, which the Hague Conference encourages States to incorporate into their domestic choice of law regimes in a manner appropriate for the circumstances of each State. In this way, the Principles can guide the reform of domestic law on choice of law and operate alongside existing instruments on the subject (see Rome I Regulation and Mexico City Convention both of which embrace and apply the concept of party autonomy).* I.9 *As a non-binding instrument, the Principles differ from other instruments developed by the Hague Conference. While the Hague Conference does not exclude the possibility of developing a binding instrument in the future, it considers that an advisory set of non-binding principles is more appropriate at the present time in promoting the acceptance of the principle of party autonomy for choice of law in international contracts and the development of well-crafted legal regimes that apply that principle in a balanced and workable manner. As the Principles influence law reform, they should encourage continuing harmonisation among States in their treatment of this topic and, perhaps, bring about circumstances in which a binding instrument would be appropriate.* I.10 *While the promulgation of non-binding principles is novel for the Hague Conference, such instruments are relatively common. Indeed, the Principles add to a growing number of non-binding instruments of other organisations that have achieved success in developing and harmonising law. See, e.g., the influence of the UNIDROIT Principles and the PECL on the development of contract law.*” HCCH. Introduction to the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁵⁹ “*The objective of the Principles is to encourage the spread of party autonomy to States that have not yet adopted it, or have done so with significant restrictions, as well as the continued development and refinement of the concept where it is already accepted. Party autonomy meets the legitimate expectations of the parties in this environment and, as such, advances foreseeability and legal certainty. Certainty is enhanced, in particular, as the law to be applied in the absence of a choice of law by the parties depends on the forum in which a dispute is heard. Party autonomy enables the parties to choose a neutral law or the law they consider most appropriate for the specific contract. The Principles therefore affirm the freedom of parties to an international commercial contract (see Art. 1(1)-(2)) to choose the law applicable thereto (see Arts 2-3). The Principles, however, provide limited exceptions to party autonomy in Article 11 (overriding mandatory rules and public policy).*” HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Official Commentary to the Hague Principles. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>. Acesso em: 16 abr. 2023.

3.2.1.2.2. PRÁTICAS, USOS DO COMÉRCIO E COSTUMES

270. A segunda fonte relevante de direito não-estatal para os contratos comerciais internacionais são as práticas, os usos e os costumes. Esses institutos – talvez, as fontes mais tradicionais do direito internacional,⁴⁶⁰ como um todo, do direito comercial, em particular,⁴⁶¹ e também do direito comparado⁴⁶² – são invariavelmente tratados como sinônimos; isso decorre de uma certa ambiguidade linguística⁴⁶³ (intencional ou acidental). Neste trabalho, contudo, diferenciaremos os três conceitos, iniciando pelas práticas comerciais.

271. As práticas comerciais são atos e condutas adotadas voluntariamente pelas partes.⁴⁶⁴ Portanto, os fatores distintivos das práticas comerciais são: (i) a sua adoção no plano da relação comercial entre as partes; e (ii) sua natureza voluntária. Essa prática pode ser de natureza contratual ou extracontratual; em outras palavras, as partes podem gravar a prática em um instrumento contratual ou adotá-la independentemente dos termos do contrato.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ “Unwritten norms play a crucial role in international law. While customary law has nearly no significance in national legal orders, it is still an important source of international law, despite the growing importance of treaty law. This is due to the lack of central legislation. The body of written norms alone cannot serve as a basis for a coherent legal order with the consequence that the lacuna must be filled by unwritten rules and principles.” PETERSEN, Niels. “Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation”. *American University International Law Review*, v. 23, n. 2, p. 276, 2007.

⁴⁶¹ “It is a well-known fact that many institutions of commercial law originated in a course dealing (*pratique* or *habitude individuelle*) between individual parties, usually influential business enterprises, then developed into a trade usage (*usage de commerce*, *Handelsbrauch*) and eventually became an abstract rule of law. This transition, which usually took place over a long period of time, is due to the human disposition to imitation and habit observed in every form of society.” SCHMITTHOFF, Clive. *International Trade Usages*. ICC Institute of International Business Law and Practice Newsletter, Special Issue (1987), p. 9.

⁴⁶² Para um estudo mais detido do tema sob a perspectiva comparada, cf. GÉLINAS, Fabien (ed.) *Trade Usage and Implied Terms in the Age of Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2016.

⁴⁶³ “The subject of trade usage and custom is bedeviled with problems of linguistic ambiguity. Usage is sometimes used to denote practice or behaviour, sometimes to indicate a pattern of behaviour which has risen to the level of a norm. It has been traditional to distinguish custom from usage, but the distinctions have been drawn in widely differing ways. E.g. according to some authorities custom is the practice of a particular locality, usage the practice of a trade, profession or vocation. Others consider that usage is merely a pattern of behaviour and that custom is the application of the usage from a sense of binding obligation. Others again divide custom into different categories, according to the degree of their antiquity or universality.” GOODE, Roy. “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 46, n. 1, p. 7, 1997.

⁴⁶⁴ “Trade practice or course of dealing, in the restricted sense of the term, consists of a practice that contract parties have established between themselves over a period of time.” COETZEE, Juana. “The Role and Function of Trade Usage in Modern International Sales Law”. *Uniform Law Review*, v. 20, p. 249, 2015.

⁴⁶⁵ “Le premier est une lapalissade: les parties sont liées par un usage auquel elles ont consenti. Le deuxième renvoie à l usage dit subjectif, c'est-à-dire la pratique propre aux relations contractuelles entre les parties au litige. Une fois encore, il y a peu de controverse au sujet des concepts, car il est aisé pour l'esprit d'admettre un cas de consentement des conditions implicites.” GÉLINAS, Fabien. Codes, Silence et Harmonie - Réflexions sur les Principes Généraux et les Usages du Commerce dans le Droit Transnational des Contrats. *Cahiers de Droit*, v. 46, n. 4, p. 955, 2005.

272. O exemplo mais comum de prática contratual são os contratos-modelo.⁴⁶⁶ Essa prática é tradicionalmente utilizada no ramo de *commodities*,⁴⁶⁷ mas vem sendo expandida para outros setores, como M&A, Petróleo e Gás e Construção.

273. No campo dos contratos de M&A, por exemplo, é muito comum que as partes utilizem o modelo de *Share Purchase Agreements* (“SPA”). O modelo do SPA tem origem na prática contratual inglesa e norte-americana.⁴⁶⁸ Todavia, seu sucesso fez com que partes ao redor do mundo adotassem a prática de celebrar contratos com essa estrutura. Isso inspirou a CCI⁴⁶⁹ a elaborar um modelo de SPA que facilite as partes na negociação das cláusulas contratuais.⁴⁷⁰

274. O SPA possui algumas características fundamentais. Primeiro, estes contratos prevêm que a transferência da propriedade das ações não ocorre na assinatura da avença.⁴⁷¹ Essa abordagem deriva da ótica dos ordenamentos que adotam o modelo *traditionibus non nudis*

⁴⁶⁶ “It is characteristic of the international model contract that it is developed by the activities of the business community which ultimately lead to the emergence of international commercial custom.” SCHMITTHOFF, Clive. “The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions”. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 17, n. 3, p. 565, 1968. p. 554.

⁴⁶⁷ Cf., e.g., o *ICC Model International Sale Contract (Manufactured Goods)*, elaborado pela CCI e atualizado em 2020. Para um interessante estudo sobre os contratos-modelo no setor de algodão, cf. BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, n 7, p. 1724-1790, 2001.

⁴⁶⁸ “La cosa può sembrare strana tanto più che, per scrivere un contratto in inglese, bisogna non solo padroneggiare questa lingua e il lessico tecnico-giuridico anglosassone, ma bisogna soprattutto pensare in inglese, cioè secondo la prassi contrattuale angloamericana in materia.” DE NOVA, Giorgio. *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*. 2a ed. Turim: Giappichelli, 2017, p. 2. Adotar um modelo de contratação específico de um regime jurídico que não o da lei diretamente aplicável à avença é muito comum no comércio internacional. Segundo Pierre Mayer: “La loi applicable – qu’elle soit désignée par les parties ou, à défaut de choix, par un critère objectif de rattachement – donne em général une grande latitude aux parties pour adopter les clauses qui leur conviennent, dans le respect de l’ordre public. L’un des procédés que peuvent utiliser les parties consiste à incorporer dans leur contrat, soit em les recopiant, soit em s’y référant, des règles appartenant à un autre ordre juridique que celui qui régit leur contrat.” MAYER, Pierre. Le Mythe de l’“Ordre Juridique de Base” (ou *Grundlegung*). In.: FOUCHARD, Philippe et al. *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, 1982, p. 205.

⁴⁶⁹ *ICC Model Mergers and Acquisitions Contract*, publicado em Abril de 2004.

⁴⁷⁰ “The ICC Model Contracts are a true asset in that they constitute effective international standard forms.” VAN HOUTTE, Hans. *ICC Model Contracts*. *International Business Law Journal*, V. 2003, n. 3, p. 264, 2003.

⁴⁷¹ “Ideally, this process leads to the signing of a Purchase or merger agreement, which usually provides for a specific date when the agreement is to be completed by the parties (the closing date, i.e., when the purchase price is exchanged against the shares or the assets or when the merger becomes effective).” VON SEGESSER, Georg. Arbitrating Pre-Closing Disputes in Merger and Acquisition Transactions. In: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; JOHNSON, Alexandra (ed.). *Arbitration of Merger and Acquisition Disputes*. Basel: ASA, 2005. p. 18.

pactis dominia rerum transferuntur, distinguindo o momento da assinatura do contrato do momento de tradição da propriedade.⁴⁷²

275. Segundo, o SPA estipula determinadas condições para que o fechamento da operação seja concluído. É comum que as partes acordem que a transferência das ações apenas ocorrerá se determinadas condições e obrigações forem cumpridas.⁴⁷³

276. Terceiro, esse modelo prevê a inclusão de declarações e garantias. Esses dispositivos são cláusulas contratuais por meio das quais as partes prestam informações sobre a companhia e/ou garantem não só determinados resultados da companhia, como também sua capacidade de cumprir das obrigações acordadas.⁴⁷⁴

277. Quarto, o SPA adota métodos alternativos de resolução de disputas – em especial, a arbitragem. O uso da arbitragem é vital não só para a manutenção da confidencialidade dessas

⁴⁷² É o caso do Brasil, Alemanha e Estados Unidos, por exemplo. No Brasil, segundo Álvaro Villaça Azevedo, adotou-se a regra da tradição como “*ato pelo qual se concretiza o contrato, importando a entrega da coisa pelo vendedor ao comprador.*” AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Novo Código Civil: das várias espécies de contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 167. Esta regra está prevista nos artigos 237 (regra geral), 1.245 (bem imóvel) e 1.267 (bem móvel) do Código Civil brasileiro. Essa regra também é seguida pelo direito alemão. Os artigos 873 (bem imóvel) e 929 (bem móvel) do *Bürgerliches Gesetzbuch* (“**BGB**”), o Código Civil Alemão, prevê que a tradição se dá ou pelo registro, no caso de bem imóvel, ou pela efetiva entrega da coisa ao comprador, no caso de bem móvel. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, §1.217. O direito americano positivado também adota esta regra especificamente para os contratos de compra e venda mercantil. O *Uniform Commercial Code* (“**UCC**”) – código comercial uniforme – publicado pela primeira vez em 1952 e adotado, de uma forma ou de outra, pelos 50 Estados federativos americanos, pelo Distrito de Columbia e pelos territórios americanos, como a Samoa Americana e o Guam, afirma, no artigo 2-301, que a obrigação principal do vendedor é de transferir o título através da entrega do bem ao comprador, tudo nos termos do Contrato. Segundo Linda J. Rusch: “[w]hen a buyer contracts to buy goods from a seller, the process of transferring the ownership of the goods to the buyer begins. At the point of contract formation, however, the buyer does not have an enforceable property right to the goods.” RUSCH, Linda J. “Property Concepts in the Revised U.C.C. Articles 2 and 9 are alive and well”. *SMU Law Review*, v. 54, n. 2, p. 949, 2001.

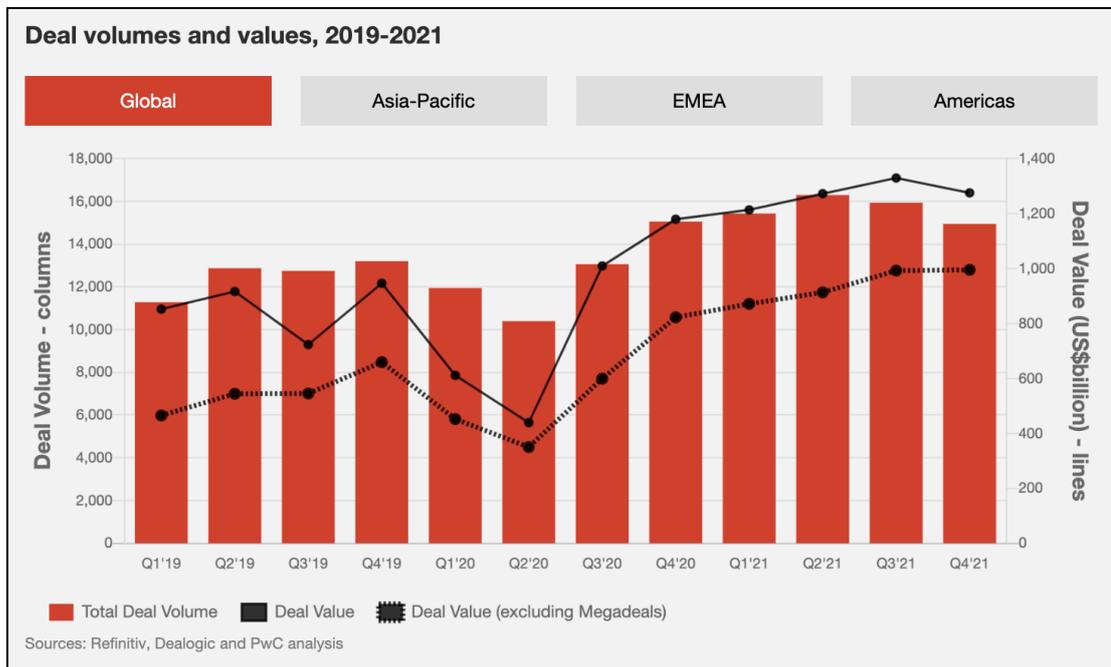
⁴⁷³ “*The acquisition agreement will be negotiated once there has been a meeting of the minds of the principals. It will be completed prior to the vote by the boards of directors of the two companies. Agreements typically includes provisions from these categories: [...] Conditions. These clauses are more specific in effect in stating conditions for the parties’ obligation to close. The continuing veracity of the representations and warranties will be a condition as will satisfaction of promises in the covenants. There could be a financing contingency, depending on market conditions and on which side is more anxious for a deal. Government approval for things like antitrust and tax are likely to show up here. The Material Adverse Change clause, discussed in the case below, is written as an escape to the parties’ obligation to close but has seldom worked in litigated cases.*” THOMPSON, Robert B. *Mergers and Acquisitions: Law and Finance*. 3ª Ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2018, p. 101-102.

⁴⁷⁴ “*Para além de configurar fornecimento de uma informação e documentá-la (funções informativa e probatória), as declarações e garantias ainda podem conformar a obrigação do declarante ao especificar as qualidades da participação societária objeto de alienação (função conformativa), ou instigar assunção de obrigação de garantia pelo declarante (função assecuratória).*” GREZZANA, Giacomo. *A Cláusula de Declarações e Garantias em Alienação de Participação Societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 69-70.

operações, como também para a obtenção de decisões eficientes, tanto sob a perspectiva da celeridade, quanto sob a ótica da especialidade.⁴⁷⁵

278. Operações de M&A tem se tornado cada vez mais relevante no campo do comércio internacional. Segundo dados da Pricewaterhousecoopers (“PWC”), operações de M&A no mercado global movimentaram mais de USD 1.2 trilhão só no quarto trimestre de 2021:⁴⁷⁶

Gráfico 2 - Volume de Operações de M&A internacionais entre 2019 e 2021



279. A maioria dessas operações são celebradas dentro desse modelo de contratação. Por ser o uso dos SPAs como modelo de contratação transnacional uma prática bastante usual, sua análise é relevantíssima, vez que sua interpretação e integração é tarefa comum aos tribunais arbitrais internacionais.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ “From the foregoing, the conclusion can be drawn that, despite certain procedural particularities and pitfalls to look out for when drafting arbitration clauses, arbitration is an effective dispute resolution mechanism in mergers and acquisitions at every stage of a transaction, with features that make it an attractive alternative to court litigation.” EHLE, Bernd. “Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions”. *Comparative Law Yearbook of International Business*, n. 27, p. 309, 2005.

⁴⁷⁶ PWC. Global M&A Industry Trends: 2022 Outlook. After a record-breaking year for M&A in 2021, optimism for another supercharged year in 2022 remains, despite growing market headwinds. Disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/services/deals/trends/2022.html>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁷⁷ “The use of arbitration to resolve M&A disputes is common and appears to be on the increase. Arbitrations relating to share purchase agreements, shareholders agreements and joint venture and cooperation

280. Outro exemplo é a adoção dos contratos-modelo da *Association of International Energy Negotiators* (“AIEN”) no mundo do petróleo e gás. Formada nos anos 1980 como a *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN),⁴⁷⁸ sua missão é elaborar contratos-padrão para a indústria.⁴⁷⁹ A AIEN é a principal organização internacional neste campo.⁴⁸⁰

281. Dentre esses contratos, os mais relevantes são os *Joint Operating Agreement* (JOA) e o *Farmout Agreement* (FOA).⁴⁸¹ O primeiro estabelece regras para as operações de *joint ventures*,⁴⁸² enquanto o segundo regula as operações de entrada e saída de *players* nas operações do setor.⁴⁸³ Esses instrumentos são essenciais na estruturação das operações da indústria ao redor do planeta.⁴⁸⁴

282. No caso dos JOAs, o contrato estabelece o modelo-base da operação conjunta, fundada na organização do sistema entre operadores e não-operadores. O operador é a parte responsável

agreements, which generally underlie M&A transactions, represent a significant portion of the caseload of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC Court)." CARLEVARIS, Andrea. "The Arbitration of Disputes Relating to Mergers and Acquisitions: A Study of ICC Cases". *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 24, n. 1, p. 20, 2013.

⁴⁷⁸ Cf. <https://www.aien.org/about-aien/history/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁷⁹ Disponível em <https://www.aien.org/about-aien/mission-objectives/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁸⁰ "Nesse contexto, destaca-se o esforço da [AIPN], uma associação independente e sem fins lucrativos, que tem por missão suportar globalmente os profissionais da indústria de energia, sendo uma de suas atuações mais destacadas e reconhecidas mundialmente o desenvolvimento de modelos de contratos que sejam amplamente aceitos e usados pela indústria de energia." BOECHEM, Felipe. *Limitação do Dever de Indenizar do Operador em Joint Operating Agreements*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 103.

⁴⁸¹ Disponíveis em: <https://www.aien.org/model-contracts/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁸² "In publishing the Model Form Joint Operating Agreement, the AIPN has sought to provide a model for joint venture operations. The model aims to be a flexible one, to accommodate the preferences of individual parties and the different legal regimes that may govern the joint venture operations. It achieves this by providing text alternatives for many of its provisions as well as drafting and guidance notes which call attention to legal issues that may be relevant to the context in which the document is proposed to be used." MILES, Catia Malaquias. "AIPN 2002 Model Form Joint Operating Agreement in Oil and Gas Joint Ventures". *Australian Resources and Energy Law Journal*, v. 22, n. 2, p. 153, 2003.

⁴⁸³ "In the oil and gas industry, the term farmout is generally used to describe a transaction where the owner of an oil and gas lease (called the farmor) agrees to an assignment of a part of a lease to one (called the farmee) who agrees, as consideration for the assignment, to drill a well to a certain depth or condition. The farmor normally retains an overriding royalty (a noncost-bearing interest), convertible to a working interest in that part of the lease to be assigned." HEMINGWAY, Richard. "The Farmout Agreement: A Story Short but not Always Sweet". *Natural Resources & Environment*. V. 1, n. 2, p. 3, 1985.

⁴⁸⁴ "The primary distinction between an operating agreement and a farmout agreement is functional. A farmout agreement is a contract by which one party earns an interest in an oil and gas lease owned by another, while an operating agreement is entered into to define the rights and duties of parties who already own joint interests in a lease or a drilling unit and to combine those interests for joint operations. Another distinction is that the farmee "carries" the farmor for all or a portion of the drilling costs in a farmout, while the parties to an operating agreement generally share the costs of drilling. Typically, those who enter into a farmout agreement also will execute an operating agreement to govern their rights after they have performed the farmout contract." LOWE, John. "Analyzing Oil and Gas Farmout Agreements". *Southwestern Law Journal*, v. 41, n. 3, p. 269, 1987. Para um exame mais detido desses contratos, cf. MARTIN, Tim; PARK, Jay. *Global Petroleum Industry Model Contracts Revisited: Higher, faster, stronger*. *Journal of World Energy Law & Business*, v. 3, n. 1, p. 4-43, 2010.

pela condução do dia a dia da operação conjunta,⁴⁸⁵ enquanto não-operadores são responsáveis por financiar a operação conjunta, na proporção do seu interesse de participação.⁴⁸⁶

283. Ademais, o JOA estabelece uma estrutura de alocação de riscos particular. Por um lado, a operação (e seus riscos) ficam com o operador;⁴⁸⁷ por outro, o JOA cria desincentivos à conduta oportunista pelo não-operador, evitando que este obtenha o benefício da produção sem que tenha contribuído para o financiamento das operações.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ “Oil and gas operators are given a significant amount of discretion to manage, explore, develop and market production from oil and gas properties and reserves.” GREENFIELD, Don; TODESCO, Jay. “Fundamental Aspects of Oil and Gas Revisited”. *Alberta Law Review*, v. 42, n. 1, p. 91, 2004

⁴⁸⁶ “The JOA is the most significant contract used in the upstream business between O&G Companies. It sets out the fundamental and overarching relationship among joint venture parties from the initial exploration to the ultimate production of hydrocarbons. It appoints an operator to carry out the operations and designates the remaining companies as non-operators. The basic purposes of a JOA are to: i. provide a decision-making process amongst the joint venture companies; ii. provide for the conduct and funding of joint operations to perform the obligations under the granting instrument; iii. allocate benefits, costs and liabilities amongst the companies based on their respective interests in the joint venture consortium; iv. designate an operator to manage the joint operations on behalf of the JOA parties; and v. provide mechanisms to allow less than all parties to conduct operations.” MARTIN, Tim; GILBERT, John; GUSY, Martin. A Global Review of Joint Operating Agreement Disputes. *The Journal of World Energy Law & Business*, v. 13, 2020. p. 206.

⁴⁸⁷ “The duties of the operator under the agreement are usually specified at some length. Among them is the duty to “initially advance and pay all costs and expenses for the drilling, completing and operating of all the wells..., for the joint account and for the treating, handling, storing and marketing of the petroleum substances obtained therefrom.”¹ 5 Corresponding to this duty the agreement requires that “the parties shall reimburse the . . . operator for all such costs and expenses in proportion to their ... participations.’⁶ A financial burden is thus placed upon the operator to fund operations on the joint account. The remedies discussed in this article are an effort to lighten the weight of this burden by ensuring effective redress in the event of fiscal default by a non-operator.” BARTLETT, Richard H. “Rights and Remedies of an Operator Vis-A-Vis a Defaulting Non-Operator under Joint and Unit Operating Agreements”. *Alberta Law Review*. V. 10, n. 2, p. 291, 1972. Contudo, boa parte dos JOAs prevê alguma forma de exclusão ou limitação de responsabilidade do operador: “Forms of agreement differ as to what powers are granted to the operator and those which are left with the operating committee. But, provided that the operator acts within the bounds of its authority as set out in the agreement (usually with the additional qualification that its actions must be in accordance with “good and prudent oil and gas field practice and with that degree of diligence and prudence reasonably and ordinarily exercised by experienced operators engaged in a similar activity under similar circumstances and conditions”) then the operator is excluded² from all liability unless arising from its ‘gross negligence’ or its ‘wilful misconduct’.” O’REGAN, P. W.; e Taylor, T. W. “Joint Ventures and Operating Agreements”. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 14, n. 1, p. 89, 1984.

⁴⁸⁸ “During the exploration and appraisal phase, there may be a temptation for a party to cease to pay its share of the cashcalls or invoice requests part way through that phase if that party believes that the prospects of finding commercially recoverable deposits of petroleum are not sufficiently compelling. As a counter to this, the operator might wish to issue a single cashcall or invoice request upfront for the whole for the exploration and appraisal programme costs (but care should be taken to ensure that in doing so one of the characteristics of the JOA that denies its status as a partnership is not thereby removed). During the development and production phase, the parties should be able to reap the benefits of producing petroleum, and so will arguably be more inclined to fund ongoing development cashcalls or invoice requests (although the point made in the preceding paragraph could apply equally where there are separate exploration and appraisal activities taking place simultaneously during the development and production phase). It is arguable that during the period when petroleum production begins to tail off and the decommissioning phase comes into view the incentive for a party to default will be at its greatest.” ROBERTS, Peter. *Joint Operating Agreements: a practical guide*. 3ª Ed. Nova York: Globe Law and Business, 2015, p. 207-208.

284. Já nos FOAs uma das partes cede para um terceiro seus direitos e obrigações na operação conjunta.⁴⁸⁹ Essa cessão pode ser feita por meio do pagamento de um preço ou em troca de determinados serviços. Esse segundo modelo é bastante utilizado como forma de financiamento de atividades custosas para a indústria, como perfuração e estudos sísmicos.⁴⁹⁰

285. Esses contratos reduzem custos de transação, oferecem parâmetros padronizados e reduzem o volume de litígios.⁴⁹¹ Essas vantagens se traduzem para o comércio internacional; afinal, essa indústria ainda representa boa parte dos investimentos estrangeiros.⁴⁹²

286. Um terceiro exemplo é o do setor de construção – em particular, as iniciativas da *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (“FIDIC”) na criação e difusão de diversos contratos-modelo para os contratos internacionais de construção. A FIDIC foi formada por ocasião da Exposição Universal de 1913, realizada em Ghent, na Bélgica.⁴⁹³ Uma das principais atividades da FIDIC é a elaboração de contratos-modelo para uso na indústria de construção.⁴⁹⁴

287. Os contratos FIDIC são conhecidos por cores.⁴⁹⁵ O primeiro desses contratos, intitulado *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer: The Construction Contract* (conhecido como *Red Book*), teve sua primeira versão publicada em 1957. Seu escopo são os contratos em que o *design* é feito pelo dono da obra.⁴⁹⁶ O *Red Book* serviu de inspiração para as *Conditions of Contract for*

⁴⁸⁹ “An oil and gas farmout agreement is an agreement by one who owns drilling rights to assign all or a portion of those rights to another in return for drilling and testing on the property. The individual or entity that owns the lease, called the ‘farmor’ or ‘farmoutor,’ is said to ‘farm out’ its rights. The person or entity that receives the right to drill, referred to as the ‘farmee’ or ‘farmouttee,’ is said to have ‘farmed in’ to the lease or to have entered into a ‘farm-in agreement’.” LOWE, John S. Farmout. “Agreements and Related Issues”. *Annual Institute on Mineral Law*, v. 46, p. 105, 1999.

⁴⁹⁰ “In the international oil and gas industry, the term ‘farmout’ is used on a similar basis. Essentially, one or more parties acquire an interest in a licence or concession in return for performing work that was to be done by the party or parties disposing of all or part of their interest.” MARTIN, Tim. Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 22, n. 3, 2005. p. 290.

⁴⁹¹ “Em linhas gerais, evidencia-se que a existência de uma minuta-padrão, dirigida ao atendimento dos interesses dispersos dos agentes em dado campo econômico, é um importante ponto de partida para negociações”. ARLOTA, Alexandre. *A Cláusula Knock-for-Knock*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 51.

⁴⁹² Segundo a UNCTAD, investimentos na indústria cresceram 131% em valor e 44% em números absolutos, o que demonstra que operações de petróleo e gás ainda têm enorme relevância para a economia mundial. Cf. UNCTAD. *World Investment Report, 2022*, p. 24. Disponível em: <https://unctad.org/webflyer/world-investment-report-2022>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁹³ Cf.: <https://fidic.org/history>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁹⁴ Cf.: <https://fidic.org/about-us/our-values>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁹⁵ Para maiores informações sobre os contratos FIDIC. Cf. FIDIC. Introduction to the FIDIC suite of contracts. Disponível em: https://fidic.org/sites/default/files/FIDIC_Suite_of_Contracts_0.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁴⁹⁶ “The Red Book is not only the oldest of the FIDIC contracts, celebrating its 60th anniversary in 2017; it is also the most widely used for general construction projects of many kinds. The single most important characteristic

Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer (MDB Harmonised Edition), também conhecido como *Pink Book*. Publicado em 2005, o *Pink Book* é utilizado em financiamentos de Bancos Multilaterais de Desenvolvimento (“MDBs”), como o Banco Mundial.⁴⁹⁷ Ele possui regras muito parecidas com as do *Red Book*.⁴⁹⁸

288. O segundo modelo FIDIC mais utilizado na prática do setor de construção são as *Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor: The Plant and Design-Build Contract* (conhecido como *Yellow Book*). Publicado originalmente em 1999, sua função é estabelecer regras contratuais para os contratos em que o *design* é feito pelo empreiteiro.⁴⁹⁹

289. O terceiro contrato-modelo elaborado pelo FIDIC é o *Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects* (também denominado *Silver Book*). Esse modelo padroniza os contratos também conhecidos como *EPC Turnkey*, em que o empreiteiro assume toda a responsabilidade pela engenharia, compra de materiais e construção do projeto, tomando para si a obrigação de entregar o projeto completo ao dono da obra.⁵⁰⁰

of the Red Book is contained in its full title: it is an employer design contract.” BAKER, Ellis; LAVERS, Anthony; MAJOR, Rebecca. “Introduction to the FIDIC Suite of Contracts”. In: BREKOULAKIS, Stavros; THOMAS, David Brynmor. *The Guide to Construction Arbitration*. 3ª ed. Londres: Global Arbitration Review, 2019, p. 57.

⁴⁹⁷ “It was only in the past 10 years, and more so in the past five years, that a rise has been observed in the use of FIDIC contracts probably as a result of the introduction of the MDB harmonized editions by the multilateral banks, such as the World Bank, the Asian Development Bank and, recently, by the Japan International Cooperation Agency (JICA), in their foreign-funded, local, and foreign joint venture infrastructure projects in the region.” KLEE, Lukas. *International Construction Contract Law*. 2nd ed. Londres: Wiley Blackwell, 2018, p. 491.

⁴⁹⁸ Para um resumo sobre a alocação de riscos nos diferentes contratos FIDIC. Cf.: FERRARI, Massimo; GIOVANNI, Alberto; POMPEI, Massimo. “The challenge of infrastructure financing”. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 32, N. 3, p. 462-473, 2016.

⁴⁹⁹ “As in the Red Book, the Engineer plays a key contract administration role in the 1999 Yellow Book but, unlike the Red Book, the Yellow Book is a design-build, i.e. Contractor-designed Work contract, with the Employer’s Requirements defining his minimum criteria. The Yellow Book is a lump sum price contract with provision for progress payments on the basis of Engineer certification. It is used principally for the provision of electrical and/or mechanical plant and for building or engineering works where the designbuild method is to be used—that is, it can be used for either (i) Design-Build and/or (ii) Plant. Under the Yellow Book, the Contractor undertakes a fitness-for-purpose obligation which extends to the design, as well as materials and workmanship in construction.” BAKER, Ellis et al. *FIDIC Contracts: Law and Practice*. Londres: Informa, 2009, pp 20-21.

⁵⁰⁰ “Dessa forma, enquanto o Short Form Contract, de 1999, é o modelo preferencial para contratos de construção de menor relevo técnico; estabeleceu-se o Silver Book como minuta para os contratos na modalidade EPC.” ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC Silver Book para contratos EPC. 2013. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 52.

290. Muitos dos grandes projetos de construção utilizam um dos modelos FIDIC.⁵⁰¹ O sucesso da iniciativa auxilia na alocação dos riscos que afetam aos contratos de construção,⁵⁰² mitigando seus efeitos⁵⁰³ em contratos que já são sujeitos a enormes riscos.⁵⁰⁴

291. Mas para além das práticas contratuais, há, também, as práticas extracontratuais adotadas pelas partes na execução de suas obrigações contratuais. Durante a vida do contrato, é muito comum que as partes adotem certas práticas não previstas no contrato, podendo, inclusive, modular os efeitos das próprias cláusulas avençadas.

292. Esse fenômeno é bastante comum nos contratos complexos e incompletos, onde as partes utilizam-se de sua conduta subsequente para estabelecer práticas que complementam pontos do contrato que elas não vislumbraram quando de sua celebração.⁵⁰⁵ Conhecer essas práticas extracontratuais adotadas dentro do âmbito interno das partes é extremamente relevante para a interpretação e integração do contrato internacional.

293. Há, inclusive, previsões específicas tanto nas normas de direito estatal quanto em instrumentos de direito não-estatal que autorizam ao intérprete dar valor as práticas extracontratuais adotadas pelas partes na hermenêutica dos contratos comerciais internacionais.

⁵⁰¹ “Nas contratações internacionais de grandes obras, predominam os modelos publicados pela *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)* e pela *International Chamber of Commerce (ICC)*.” CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 24.

⁵⁰² “The standard form contracts common in international projects contain detailed terms allocating risk. The FIDIC forms provide instructive examples of this.” GODWIN, William. *International Construction Contracts*. Londres: Wiley-Blackwell, 2013, p. 15.

⁵⁰³ “The forms of contract of the *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)* are widely used and their dissemination has already developed a degree of commonality or construction *lex mercatoria*. This is useful. Consistent interpretation of FIDIC clauses will reduce uncertainty as to the law, and therefore some of the contracting risk, when contractors tender on international projects.” MOLINEAUX, Charles. “Moving Toward a Construction *Lex Mercatoria A Lex Constructionis*”. *Journal of International Arbitration*, v. 14 n. 1, p. 54, 1997.

⁵⁰⁴ “With enough experience or the right advice, such Owners will pair the risks (of cost overrun, late completion, and performance shortfalls or sub-par operations, for instance) with rewards commensurate with the particular dangers and with the ability of the party in question to effectively manage the risk.” SINK, Charles. *Mega Project Construction Contracts: An Owner's Perspective*. Proceedings of the Rocky Mountain Mineral Law Fifty-Fifth Annual Institute, July 23, 2009. Disponível em: <https://www.fbm.com/publications/mega-project-construction-contracts-an-owners-perspective/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵⁰⁵ “[I]n practice, transaction costs are pervasive and large. A consequence of the presence of such costs is that the parties to a relationship will not write a contract that anticipates all the events that may occur and the various actions that are appropriate in these events. Rather they will write a contract that is incomplete, in the sense that it contains gaps or missing provisions; that is, the contract will specify some actions the parties must take but not others; it will mention what should happen in some states of the world, but not in others. A result of this incompleteness is that events will occur which make it desirable for the parties to act differently from the way specified in the contract.¹⁰ As a consequence the parties will want to revise the contract.” HART, Oliver. “Incomplete Contracts and the Theory of the Firm”. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 4, n. 1, p. 123, 1988.

Segundo os artigos 8(3)⁵⁰⁶ e 9(1)⁵⁰⁷ da CISG o julgador tem o poder de considerar quaisquer práticas adotadas pelas partes tanto na interpretação de sua intenção quanto na determinação do conteúdo obrigacional do contrato.⁵⁰⁸ Segundo Peter Schlechtriem e Petra Butler, esses dispositivos dão às práticas comerciais relevância tanto na interpretação quanto na integração do contrato.⁵⁰⁹

294. Regra similar consta dos artigos 1.9(1),⁵¹⁰ 4.3,⁵¹¹ e 5.1.2⁵¹² dos Princípios do UNIDROIT. Segundo o próprio grupo de trabalho dos Princípios, esses dispositivos autorizam a interpretação da vontade das partes e a determinação do conteúdo da obrigação de acordo com práticas comerciais adotadas pelas partes durante a *performance* contratual.⁵¹³

⁵⁰⁶ Art. 8 (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.

⁵⁰⁷ Art. 9(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.

⁵⁰⁸ “Articles 8 and 9 assist courts in determining whether an oral agreement has been validly concluded. These provisions embody the CISG’s emphasis on upholding the parties’ intentions and expectations as well as trade usage and industry customs.” DI MATTEO, Larry *et al.* “The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence”. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 24, n. 2, p. 326, 2004.

⁵⁰⁹ “Article 8(3) CISG is concerned with determining the intent of a party by allowing the contract negotiations, that is the circumstances of the formation of the contract, to be taken into account and usages among the parties do be considered. The latter, however, includes, in contrast to Article 9(2) CISG, the traditions and practices which only exist locally, regional, nationally or among a certain group of people. Article 8(3) CISG does have another function than Article 9(2) CISG. Article 8(3) CISG is not concerned with supplementation of the contract or the content of usage, but rather with the interpretation of party statements. [...] Under Article 9(1) CISG, trade usages or party practices are binding on the parties if the parties agreed upon them. Article 9(1) CISG is a manifestation of the autonomy of the parties to determine the content of their contract and the formation of the contract [...]. ‘Practices’ refers to conduct which has been established between the particular parties. It is necessary that the particular conduct of the parties be of sufficient intensity and duration that it can be assumed that a practice mutually accepted by the parties exists. [...]”. SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales*. Berlin: Springer, 2009, p. 57-59.

⁵¹⁰ Art. 1.9. (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

⁵¹¹ Art. 4.3. In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including (a) preliminary negotiations between the parties; (b) practices which the parties have established between themselves; (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract; (d) the nature and purpose of the contract; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned; (f) usages.

⁵¹² Art. 5.1.2. In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including (a) preliminary negotiations between the parties; (b) practices which the parties have established between themselves; (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract; (d) the nature and purpose of the contract; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned; (f) usages.

⁵¹³ “A practice established between the parties to a particular contract is automatically binding, except where the parties have expressly excluded its application. Whether a particular practice can be deemed to be “established” between the parties will naturally depend on the circumstances of the case, but behaviour on the occasion of only one previous transaction between the parties will not normally suffice. [...] Conduct subsequent to the conclusion of the contract can assist in determining what the parties intended their obligations to be. This may be the case particularly in the context of long-term contracts which involve complex

295. Como se vê, as práticas comerciais das partes têm duas naturezas: contratual (geralmente adotada por meio de contratos-modelo) e extracontratual (quando as partes adotam prática fora do previsto no contrato). Ambas devem ser reconhecidas como fontes de direito, seja porque têm o condão de orientar a interpretação da manifestação de vontade das partes, seja porque interferem direta ou indiretamente na construção das obrigações por ela avençadas.

296. Já os usos do comércio se caracterizam pelo conjunto de práticas adotadas pelos *players* de um mesmo ramo.⁵¹⁴ De tão enraizados,⁵¹⁵ acabam por transbordar para além da relação das partes,⁵¹⁶ afetando, indiretamente, todas as transações daquele segmento.⁵¹⁷ Esses usos são frequentemente reconhecidos como obrigações implícitas, que aderem ao contrato independente da vontade das partes. Essa regra é prevista tanto no artigo 9(2) da CISG⁵¹⁸ quanto no artigo 1.9(2) dos Princípios do UNIDROIT,⁵¹⁹ por exemplo.

performance and are “evolutionary” in nature, i.e. may require adaptations in the course of performance. Such contracts may involve repeated performance by one party with the opportunity for the other to assert that such performance does not conform to the contract. As a rule the subsequent conduct of the parties can only be an interpretative tool, i.e. be used to explain or amplify, but not to contradict, the terms of the contract as originally agreed between the parties.” Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵¹⁴ “*Gli usi del commercio internazionale, a differenza degli usi del commercio interno, si ricollegano ad un substrato socioeconomico transnazionale e sono diretti a disciplinare, in modo uniforme, specifici problemi legati a singole operazioni economiche.*” GALGANO, Francisco; MARRELLA, Fabrizio. *Diritto del Commercio Internazionale*. 3a ed. Roma: CEDAM, 2011. p. 285

⁵¹⁵ “*The comment to PECL art. 1.103 describes a usage as a course of dealing or line of conduct which is and for a certain period of time has been generally adopted by those engaged in trade or in particular trade. The main feature of this description seems to be widely accepted.*” LANDO, Ole. “The Role of Party Autonomy and the Relevance of Usages”. In: BONELL, Michael e BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão : Giuffrè, 1997, p. 119.

⁵¹⁶ “*Trade usages reflect behavioral regularities or conventions that prevail in similar contracts within a trade. They assume that parties respond with a certain pattern of conduct whenever a particular recurring set of conditions materializes. Presumably commercial parties consistently select the pattern because, given the conditions that trigger it, they cannot improve their position by selecting an alternative course of behavior.*” GILLETTE, Clayton. *The Law Merchant in the Modern Age: Institutional Design and International usages under the CISG*. *Chicago Journal of International Law*, v. 5, n. 1, 2004. p. 160.

⁵¹⁷ “*La Convention de Vienne exige en outre, pour qu’un usage soit obligatoire, qu’il soit ‘largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.*” FOUCHARD, Philippe. *Les Usages, l’Arbitre et le Juge*. In: FOUCHARD, Philippe *et al.* *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, 1982, p. 68.

⁵¹⁸ Art. 9(2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento.

⁵¹⁹ Art. 1.9(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

297. Os usos do comércio são mais difíceis de identificar: Enquanto as práticas são percebidas no caso concreto, os usos de comércio demandam o exame de um determinado setor como um todo.⁵²⁰ Por isso que as fontes dos contratos internacionais exigem, em geral,⁵²¹ que o uso seja de conhecimento das partes⁵²² – trata-se de mecanismo para facilitar sua verificação.⁵²³

298. Muitos argumentam que os usos de comércio simplesmente não existem na realidade comercial.⁵²⁴ Quem compartilha dessa ótica também afirma que utilizar os usos de comércio na

⁵²⁰ “Customs arise from a context. When defining the custom in order to determine whether it governs a given set of facts, it is difficult to know how much of the context in which the custom arose is necessary to its subsequent application.” GILLETTE, Clayton. “Harmony and Stasis in Trade Usages for International Sales”. *Virginia Journal of International Law*, v. 39, n. 3, p. 726, 1999.

⁵²¹ Nesse ponto, contudo, há um certo distanciamento entre a posição prevista no artigo 9(2) da CISG e o comando do artigo 1.9(2) dos Princípios do UNIDROIT, vez que o segundo não demanda a prova de conhecimento do uso pelas partes. Cf.: “After lengthy discussions, the drafters of the PICC decided to deviate from the CISG, so Art 1.9(2) does not require any knowledge of the usage on the part of the actual parties. The Working Group recognized the importance of maintaining uniformity of approach with the CISG, and there was some concern that unsettling a compromise that had been reached between the contracting states of the CISG might diminish the international acceptance of the PICC. For this reason alone, the drafters attempted not to depart radically from the language of the CISG and did not abandon any reference to such knowledge, as had been suggested in one of the drafts and as has been done in the projects for the harmonization of European contract law. Ultimately, however, a wish to avoid the difficulties that had emerged in the application of Art 9(2) CISG and a desire to improve the convoluted language of the provision prevailed. In deviating from the CISG, the drafters were able to rely on an extensive comparative survey of domestic laws that was conducted at an early stage of the drafting process of the PICC. The survey took account of recent national and international instruments dealing specifically with international commercial contracts and claimed that ‘it has become an almost universally recognised principle’ that usage has to be taken into account ‘independently of the intention of even the knowledge of the parties’. However, it is not beyond doubt whether the irrelevance of the parties’ knowledge of a usage is indeed such a widely accepted general principle of law, particularly in view of the fact that the comparative survey was conducted prior to the adoption of the CISG.” VOGENAUER, Stefan. “Article 1.9”. In: *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 198.

⁵²² “Under Article 9(2), the prerequisites for incorporation of a usage are its actual or imputed knowledge by the parties, its international character, and its observation by parties to similar contracts in trade.” GILLETTE, Clayton. *The Law Merchant in the Modern Age: Institutional Design and International usages under the CISG*. *Chicago Journal of International Law*, v. 5, n. 1, 2004. p. 168.

⁵²³ “The fact that the usage must be ‘widely known to and regularly observed [...] by parties in the particular trade concerned’ is a condition for the application of any usage, but it is at international or merely at national or local level. The additional qualification ‘in international trade’ is intended to avoid usages developed for, and confined to, domestic transactions also being invoked in transactions with foreigners.” BONELL, Michael Joachim. *The UNIDROIT Principles in Practice*. 2nd ed. Nova York: Transnational Publishers, 2006, p. 93.

⁵²⁴ “It has presented evidence that the Code’s conception of widely known commercial standards and usages that are geographically coextensive with the scope of trade does not correspond to merchant reality but rather is a legal fiction whose usefulness and desirability needs to be demonstrated and defended rather than assumed. Although arguments might be developed to justify the use of this legal fiction as a second-best type solution to problems of gap filling and interpretation in commercial law, nothing in the legislative history of the Code, or the scholarly literature on commercial law, has yet put forth an adequate justification for the Code’s and the Permanent Editorial Board’s broad endorsement of the incorporation strategy.” BERNSTEIN, Lisa. “The Questionable Empirical Basis of Article 2’s Incorporation Strategy: A Preliminary Study”. *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 3, p. 777, 1999.

interpretação dos contratos teria o condão de reduzir a eficiência da avença.⁵²⁵ Outros argumentam, contudo, que não há evidências que justifiquem essa visão, em especial no que tange ao comércio internacional.⁵²⁶ A segunda versão nos parece mais acertada.

299. Por fim, cabe endereçar, também, o papel dos costumes no direito dos contratos comerciais internacionais. O direito costumeiro é uma das mais tradicionais fontes do direito internacional.⁵²⁷ O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ) notadamente reconhece o costume como fonte, derivada da “*prática geralmente aceita como lei*”.⁵²⁸

300. Na tradição do direito internacional, a verificação do costume passa por dois elementos: a existência de uma prática amplamente adotada no plano internacional, e pela

⁵²⁵ “*These twin devices, however, impose two sets of costs. First, they impose some limit on the domain over which trade can easily take place. Second, the uncertainty in the rules generates costly, low-level disputes even when the parties to any given transaction act in good faith. What else could be expected when given contractual provisions carry different shades of meaning to each party? Both of these difficulties are likely to increase with the geographical expansion of the market. A broader terrain introduces potentially wider variation in contract terms; yet it reduces the level of repeat dealing, which in turn increases the risk that informal accommodations will not satisfy both participants to the dispute. It is evident that broader markets and better communications increase the gains from trade. It is equally apparent that variation in implicit customs and standard terms places a crimp on this process. The new entrant who increases competition in the market also increases uncertainty in standard contractual arrangements.*” EPSTEIN, Richard. “Confusion about Custom: Disentangling Informal Customs from Standard Contractual Provisions”. *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 3, p. 825, 1999.

⁵²⁶ Em sentido contrário, cf. KATZ, Avery. “The Relative Costs of Incorporating Trade Usage into Domestic versus International Sales Contracts: Comments on Clayton Gillette, Institutional Design and International Usages under the CISG”. *Chicago Journal of International Law*, v. 5, n. 1, p. 183, 2004, onde se lê: “*The growing influence of this formalist thesis in the US scholarly literature stands in sharp contrast to the view of most international commercial lawyers and scholars, who are accustomed to a legal regime in which courts and arbitrators routinely consider contextual factors, such as trade usage, and apply open-textured legal standards, such as good faith, when rendering their decisions.*” Nesta mesma linha, cf. Walker, Gregory C. “Trade Usages and the CISG: Defending the Appropriateness of Incorporating Custom into International Commercial Contracts”. *Journal of Law and Commerce*, v. 24, n. 2, p. 274-279, 2005. e GILLETTE, Clayton. “Harmony and Stasis in Trade Usages for International Sales”. *Op. Cit.*, p. 179, que seguem o mesmo racional.

⁵²⁷ “*A grande maioria das normas e princípios de Direito Internacional clássico tem sua origem no costume (o hábito claro e contínuo ed executar certos atos, o qual evoluiu graças à convicção de que tais atos são obrigatórios ou justos, de conformidade com o Direito Internacional).*” PELLEGRINO, Carlos Roberto Mota. Teoria das Fontes de Direito das Organizações Internacionais. In: BAPTISTA, Luiz Olavo e MAZZUOLI, Valerio (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v.1. p. 79.

⁵²⁸ Art. 38. “*The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: [...] international custom, as evidence of a general practice accepted as law.*”

crença de que a prática tem uma obrigação legal atrelada a ela (também conhecida como *opinio juris*).⁵²⁹ Foi o que decidiu a CIJ no caso *North Sea Continental Shelf*.⁵³⁰

301. Uma visão mais moderna da dogmática dos costumes, contudo, coloca mais ênfase na construção do costume a partir de declarações feitas no plano transnacional, seja por meio de tratados internacionais, seja no curso das atividades das organizações transnacionais. Um bom exemplo dessa visão mais moderna pode ser extraído da decisão da CIJ no caso *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, onde a corte reitera o papel dos tratados e dos documentos das organizações internacionais na construção do direito costumeiro internacional.⁵³¹

⁵²⁹ “De uma perspectiva histórica, pode o costume internacional abranger as atitudes dos Estados em relação aos tratados, ou a determinados tratados. No passado, só se admitia a influência destes últimos no direito internacional geral ou costumeiro na medida em que a conclusão de um tratado “consistente com a prática de outros Estados” afigurava-se como um ato de ‘State practice’ contribuindo para a formação e evolução do costume. Contudo, em nossos dias, conforme o admitiu a Corte Internacional de Justiça no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte (1969), as decisões e atos dos Estados de ratificar um tratado (multilateral, de codificação) que possa gerar regras costumeiras do direito internacional não de ser considerados atos de ‘State practice’. (E tais regras exercem um papel importante tanto nas relações inter se dos Estados que ratificaram, e.g., uma convenção de codificação, como nas relações destes com Estados que não o fizeram). Ora, esse entendimento, dotado hoje de reconhecimento judicial, mostra-se irreconciliável ou incompatível com a teoria da formação do costume pela pura e simples operação do consentimento dos Estados individuais (pactum tacitum, defendida por K. Strupp e outros), incapaz de explicar a emergência de normas jurídicas a partir da própria convivência internacional.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Repertório da Prática Brasileira Do Direito Internacional (Período 1889-1898)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1988, p. 27.

⁵³⁰ “The essential point in this connection – and it seems necessary to stress it – is that even if these instances of action by non-parties to the Convention were much more numerous than they in fact are, they would not, even in the aggregate, suffice in themselves to constitute the *opinio juris*; – for, in order to achieve this result, two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.” CIJ. *North Sea Continental Shelf case*. Decisão de 20 fev. 1969, p. 45. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/52/052-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵³¹ “In this respect the Court must not lose sight of the Charter of the United Nations and that of the Organization of American States, notwithstanding the operation of the multilateral treaty reservation. Although the Court has no jurisdiction to determine whether the conduct of the United States constitutes a breach of those conventions, it can and must take them into account in ascertaining the content of the customary international law which the United States is also alleged to have infringed. The Court notes that there is in fact evidence, to be examined below, of a considerable degree of agreement between the Parties as to the content of the customary international law relating to the non-use of force and non-intervention. This concurrence of their views does not however dispense the Court from having itself to ascertain what rules of customary international law are applicable. The mere fact that States declare their recognition of certain rules is not sufficient for the Court to consider these as being part of customary international law, and as applicable as such to those States. Bound as it is by Article 38 of its Statute to apply, inter alia, international custom “as evidence of a general

302. No campo do direito internacional público, há um enorme debate sobre o valor normativo do costume⁵³². Anthea Roberts, em seu artigo *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, reconhece uma profunda tensão entre as óticas tradicional e moderna da natureza jurídica dos costumes.⁵³³

practice accepted as law", the Court may not disregard the essential role played by general practice. Where two States agree to incorporate a particular rule in a treaty, their agreement suffices to make that rule a legal one, binding upon them; but in the field of customary international law, the shared view of the Parties as to the content of what they regard as the rule is not enough. The Court must satisfy itself that the existence of the rule in the opinio juris of States is confirmed by practice. In the present dispute, the Court, while exercising its jurisdiction only in respect of the application of the customary rules of non-use of force and non-intervention, cannot disregard the fact that the Parties are bound by these rules as a matter of treaty law and of customary international law. Furthermore, in the present case, apart from the treaty commitments binding the Parties to the rules in question, there are various instances of their having expressed recognition of the validity thereof as customary international law in other ways. It is therefore in the light of this "subjective element" - the expression used by the Court in its 1969 Judgment in the North Sea Continental Shelf cases (1. C.J. Reports 1969, p. 44) - that the Court has to appraise the relevant practice. It is not to be expected that in the practice of States the application of the rules in question should have been perfect, in the sense that States should have refrained, with complete consistency, from the use of force or from intervention in each other's internal affairs. The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule." CIJ. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua. Decisão de 27 jun. 1969, p. 97-98. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵³² Cf., e.g.: "Customary international norms, however, only recommend themselves as sources of legal obligation if they are normatively attractive. So merely showing that international custom exists does not offer any reason for following it. Similarly, showing that customs could be efficient under certain circumstances does not give reason to think that CIL is efficient unless the circumstances correspond to those in the world." KONTOROVICH, Eugene. "Inefficient Customs In International Law". *William and Mary Law Review*. V. 48, n. 3, p. 868, 2006. Em sentido oposto, cf., e.g.: "It would be difficult to overstate the profoundly important role played by the concept of customary international law in the international legal system. In contrast to treaty law, customary international law is, with rare exceptions to be noted below, universally binding on all states. It thus constitutes the substratum of common legal rights and obligations of the entire community of states, upon which their more particularized legal relationships (usually in the form of treaties) are built. What is more, customary international law is an enormously powerful normative concept in that it can have the effect, under certain circumstances, of binding states which have not actually consented to its content at all. It thus challenges positivist interpretations of the theory of consent. At the same time, it receives universal endorsement as a valid and binding source of international law." CURRIE, John. *Public International Law*. 2nd ed. Toronto: Irwin, 2008, p. 187. Nesta mesma linha (ainda que adotando visão mais cínica do tema), cf. GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A Theory of Customary International Law. *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 4, p. 1117, 1999, onde se lê: "By contrast, CIL is unwritten; it is said to arise spontaneously from the decentralized practices of nations; the criteria for its identification are (as we shall more fully below) unclear; it is said to bind all nations in the world; and it does not contain within itself a mechanism for resolving disputes and enforcing its norms. Nonetheless, conventional wisdom holds that the obligations created by CIL bind nations with the same force as treaties."

⁵³³ "What I have termed traditional custom results from general and consistent practice followed by states from a sense of legal obligation. It focuses primarily on state practice in the form of interstate interaction and acquiescence. *Opinio juris* is a secondary consideration invoked to distinguish between legal and nonlegal obligations. Traditional custom is evolutionary and is identified through an inductive process in which a

303. A autora, então, busca conciliar essas duas perspectivas, de forma a propor uma teoria dos costumes no direito internacional. Ao fazê-lo, Anthea Roberts conclui que essa reconciliação depende de um método que estabeleça critérios para a averiguação da existência de um costume internacional, baseado (i) na prática internacional; e (2) no reconhecimento jurídico dessa prática.⁵³⁴

304. Esse raciocínio pode ser traduzido para o campo dos contratos internacionais. Aqui, os costumes são amplamente reconhecidos como fontes de direito tanto pela sua universalidade, quanto pela sua normatividade.⁵³⁵ A grande dificuldade é identificá-los.⁵³⁶

general custom is derived from specific instances of state practice. This approach is evident in S.S. Lotus, where the Permanent Court of International Justice inferred a general custom about objective territorial jurisdiction over ships on the high seas from previous instances of state action and acquiescence. By contrast, modern custom is derived by a deductive process that begins with general statements of rules rather than particular instances of practice. This approach emphasizes opinio juris rather than state practice because it relies primarily on statements rather than actions. Modern custom can develop quickly because it is deduced from multilateral treaties and declarations by international fora such as the General Assembly, which can declare existing customs, crystallize emerging customs, and generate new customs. Whether these texts become custom depends on factors such as whether they are phrased in declaratory terms, supported by a widespread and representative body of states, and confirmed by state practice.” ROBERTS, Anthea. “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”. *The American Journal of International Law*, v. 95, n. 4, p. 758, 2001.

⁵³⁴ “This reconciliation provides a methodology for assessing asserted customs. After gathering evidence of state practice and opinio juris, one must apply the threshold criterion of fit to determine if there are any eligible interpretations that adequately explain the raw data of practice. Fit provides continuity and descriptive accuracy, so that state practice will assume primary importance at this stage. However, state practice is open to interpretation and should include intrastate action and inaction, not just interstate interaction and acquiescence. Some articulation of legality is needed to differentiate between legal custom and social practice. If there is no eligible interpretation, then there is no custom. If there is one eligible interpretation, then the custom is clear. If there are multiple eligible interpretations, then one must weigh the dimensions of fit and substance to determine the best interpretation. Strong statements of opinio juris become relevant at this third stage because they represent normative considerations about what the law should be. The best interpretation is the one that most coherently explains fit and substance, which varies according to the facilitative or moral content of the custom involved. Primarily facilitative customs do not involve strong substantive considerations and thus will be determined principally by fit. Primarily moral customs give rise to strong procedural and substantive normative considerations, which must be balanced against deficiencies in fit. Custom is also a fluid source of law, which causes the point of equilibrium to vary over time in light of new state practice, opinio juris, and moral considerations. Consequently, the reflective interpretive approach results in a more sophisticated understanding of fit and substance and constitutes a more nuanced method for reconciling them than the sliding scale in various ways.” ROBERTS, Anthea. “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”. *Op. Cit.*, p. 788-789.

⁵³⁵ “Trade usages in the transnational context may, therefore, legitimately be viewed as comprising not only normative practices peculiar to particular trades, industries, or places but also rules and principles of international commercial contracts whose recognition is such that they affect the parties’ reasonable expectations.” GÉLINAS, Fabien. *Trade Usages as Transnational Law*. In.: GÉLINAS, Fabien (ed.). *Trade Usage and Implied Terms in the Age of Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2016. p. 278.

⁵³⁶ “In earlier times, when trade transactions were handled in the market place, and the parties to the contract met face to face, the existence of a trade custom was not difficult to prove. Now, with the scope of trading activities greatly enlarged, and with the written form having superseded the face-to-face meeting, a trade custom will not be recognized by the court unless ‘it can be shown to be reasonable, to be consistent with the

305. Para tanto, o método proposto por Anthea Roberts pode servir como um excelente *standard* para o intérprete: partir da prova da prática internacional, e confrontá-la com as demais fontes do direito dos contratos comerciais internacionais (em busca de um consenso sobre a existência do costume e sua interpretação no plano transnacional) certamente garante não só uma maior segurança sobre a existência do costume em si, mas também de sua universalidade.

306. Logo, os costumes do comércio internacional também devem ser considerados como fontes do direito dos contratos internacionais. Além de constituírem fonte tradicional do direito internacional, eles servem uma relevante função: ancorar a hermenêutica dos contratos internacionais na realidade do direito internacional.⁵³⁷

307. Como se vê, as práticas, usos e costumes do comércio internacional são parte integrante do sistema hermenêutico dos contratos do comércio internacional. Essas fontes são tradicionalmente vistas como regras de direito aplicáveis ao comércio internacional, e a sua adoção pela dogmática do comércio internacional as tornam um motor relevante na integração e interpretação dos contratos comerciais internacionais.

3.2.2. A METODOLOGIA HERMENÊUTICA PROPOSTA PARA OS CONTRATOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

308. Este capítulo estabelecerá as premissas do método proposto. Para tanto, examinar-se-á (1) o cenário atual da hermenêutica internacional. A partir daí, serão construídas (2) as regras e princípios basilares para a interpretação e integração internacionalista; focado, em especial (3) no princípio da internacionalidade como regra maior de apaziguamento de antinomias dentre as fontes normativas do direito dos contratos comerciais internacionais.

express terms of the contract, and to be universally recognized as a binding trading custom.' Thus, the regulation of the intricate and complex matters of today's international commerce is generally accomplished more by instruments that are articulate and specific than by custom." GAL, Imre. "The Commercial Law of Nations and the Law of International Trade". *Cornell International Law Journal*, v. 6, n. 1, p. 59-60, 1972.

⁵³⁷ "The universal validity of customary international law (1) and the obligation to take foreign case law into account (2) make customary international law appear tailored for meeting the requirement of uniform application." ROTH, Marianne; HAPP, Richard. "Interpretation of the CISG According to Principles of International Law". *Op. Cit.*, p. 9.

3.2.2.1. A HERMENÊUTICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

309. A construção de um método hermenêutico passa pelo confronto das fontes de direito de uma determinada ordem jurídica.⁵³⁸ Mas esse exame deve ser mais extenso: é essencial que o método hermenêutico estabeleça regras de preferência, com o fim de resolver eventuais antinomias existentes entre os diversos instrumentos normativos aplicáveis, sempre buscando a coerência com o contexto social, histórico e cultural daquele regime legal específico.⁵³⁹

310. No plano do direito doméstico, a prevalência do modelo positivista normativo, bem descrito por Hans Kelsen em *Teoria Pura do Direito*,⁵⁴⁰ fez nascer um método hermenêutico baseado no protagonismo da *Grundnorm* e na construção de um sistema hierárquico de interação entre as normas.⁵⁴¹ Kelsen também atacou a problemática da hermenêutica do direito

⁵³⁸ “O Direito, visto na totalidade de seu processo, é uma sucessão de culminantes momentos normativos, nos quais os fatos e os valores se integram dinamicamente: é essa unidade concreta e dinâmica que deve ser objeto da *Hermenêutica jurídica*.” REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 581.

⁵³⁹ “É a razão pela qual peço venia para rematar estas páginas, assinalando as seguintes diretrizes que, a meu ver, constituem notas distintivas da que denomino interpretação estrutural: a) A interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter unitário, devendo as suas diversas formas ser consideradas momentos necessários de um a “unidade de compreensão” (unidade do processo hermenêutico). b) Toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas (natureza axiológica do ato interpretativo). c) Toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, e em função da estrutura global do ordenamento (Natureza integrada do ato interpretativo). d) Nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar da estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (Limites objetivos do processo hermenêutico). e) Toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a “intencionalidade” originária do legislador, quanto as exigências fáticas e axiológicas supervenientes, num a compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva (Natureza histórico-concreta do ato interpretativo). f) A interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como “entidades lógicas”, isto é, válidos segundo exigências racionais, ainda que a sua gênese possa revelar a presença de fatores alógicos (Natureza racional do ato interpretativo). g) A interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios da Lógica formal, nem se reduz a uma análise lingüística, devendo desenvolver-se segundo exigências da “razão histórica” entendida como razão problemática (Problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico). h) Sempre que for possível conciliá-lo com as normas superiores do ordenamento, deve preservar-se a existência do modelo jurídico (Natureza econômica do processo hermenêutico). i) Entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponde aos valores éticos da pessoa e da convivência social (Destinação ética do processo interpretativo). j) Compreensão da interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, e em cujas coordenadas se situa o “quadro normativo” objeto de exegese (Globalidade de sentido do processo hermenêutico).” REALE, Miguel. “Para uma *Hermenêutica Jurídica Estrutural*”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 72, n. 1, p. 90-91, 1977.

⁵⁴⁰ “Desde pois que qualquer ato só adquire caráter jurídico em virtude da existência de uma norma a que corresponde, o objeto da ciência jurídica há de ser, necessariamente, o conhecimento das normas. Por isso, a doutrina de Kelsen também é conhecida como teoria normativa.” GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 57.

⁵⁴¹ “Na norma fundamental, acha-se, em última análise, o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico. Somente sob a suposição da norma fundamental pode o material empírico ser interpretado como direito, isto é, um sistema de normas jurídicas.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. Cit. p. 97.

internacional em diversos textos. O autor austríaco era um defensor da “*igualdade de soberania*”, que, segundo ele, constitui a base da organização dos Estados:⁵⁴²

311. O mestre alemão identifica, ainda, um debate importante entre dois paradigmas: o primeiro, objetivista e monista, estipula que o direito doméstico e o internacional são parte de uma mesma ordem jurídica simbiótica, na qual a validade de um é extraída do outro.⁵⁴³ O segundo, subjetivista e dualista, afirma que o direito internacional opera em um nível distinto do direito doméstico, e se fundamenta no universalismo inerente à soberania do indivíduo.⁵⁴⁴

312. Suportando-se no peso da soberania e na sua teoria da validade da norma, Kelsen afirma que o monismo é a mais adequada representação da realidade do direito internacional.⁵⁴⁵

⁵⁴² “El término ‘igualdad de soberanía’ usado en la declaración de los cuatro poderes significa probablemente soberanía de igualdad, dos generalmente reconocidas características de los Estados, como sujetos del derecho internacional; porque hablar de ‘igualdad de soberanía’ se justifica solamente en cuanto ambas cualidades son consideradas como conectadas una con otra. Frecuentemente, la igualdad de los Estados se explica como una consecuencia o como implicada en sus soberanías.” KELSEN, Hans. El Principio de Igualdad de Soberanía entre los Estados como Base de la Organización Internacional. *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, v. 31, n. 3, 1944. p. 774.

⁵⁴³ “Les théoriciens de la primauté de l’État partent de l’hypothèse qu’il n’y a pas de système normatif supérieur à leur État national souverain, c’est-à-dire à leur droit national, et dont on pourrait le déduire. Un ‘État’ étranger n’existerait qu’à condition d’être délégué et reconnu par cet État national, par ce droit national, dont il ne serait donc jamais qu’un élément et qui ferait ainsi véritablement figure d’ordre universel. Les ‘États’ étrangers ne sauraient présenter le caractère spécifique qui fait de l’ordre national et de lui seul, au fond, un État – la souveraineté, qui est nécessairement une et unique.” KELSEN, Hans. Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public. *Recueil des Cours*, n. 14, 1926. p. 321.

⁵⁴⁴ “Par tous ces traits, cette théorie est une image et plus qu’une image de la théorie subjectiviste de la connaissance, qui, pour concevoir le monde, part du moi das eigene Ich et ne peut jamais le dépasser, – le monde sensible, la nature devant nécessairement lui apparaître comme une simple représentation, le monde des valeurs comme une simple volonté de ce moi. Ce moi souverain se dilate ainsi en un univers; mais alors cette théorie est hors d’état de comprendre aucun autre sujet, le non-moi, qui revendique également la souveraineté, le ‘lui’ qui prétend également à être un moi, à être le centre de l’univers – attributs qu’elle ne peut logiquement lui reconnaître. Car si l’unité de l’univers repose sur le moi, le moi est nécessairement unique. – L’unicité de la souveraineté, l’unicité de ce moi qu’est l’état souverain est l’homologue, – et, au fond, plus que l’homologue, – de l’égotisme, (Solipsismus), inévitable conséquence du subjectivisme.” *Ibid.*, p. 321-322.

⁵⁴⁵ Em sentido contrário, cf. RIGAUX, François. “Hans Kelsen on International Law”. *European Journal of International Law*, v. 9, 342-343, 1998, onde o autor argui a inadequação da abordagem monista de Kelsen no contexto contemporâneo do direito internacional: “A final topic requiring attention is the inadequacy of Kelsen’s monistic approach. Another scientific hypothesis, legal pluralism, can more appropriately tackle the intricacies of the multiplicity of legal orders. Legal pluralism has two meanings: one is that there exist various patterns of legal orders. The fragility of the Kelsenian approach lies in the fact that he defined a legal order on the basis of the traditional features of state law. Even assuming that coercion forms part of the constitutive elements of a legal order, one cannot deny the existence of other forms of constraint than physical coercion. The emergence of ‘soft law’ is a further indication of other kinds of legal rules than those which rely on physical coercion.” Em que pese a validade da crítica (principalmente no que tange à coerção como justificativa maior do Direito), adota-se, aqui, a visão de que o monismo kelseniano observa toda a ordem jurídica (doméstica ou internacional) como um sistema normativo único e coeso. Essa perspectiva permite-nos construir um método hermenêutico que englobe as duas ordens e que busque, justamente, a coesão entre elas. Isso não quer dizer, contudo, que não se adote, aqui, uma tendência pela primazia da internacionalidade, mas tal tendência é perfeitamente compatível com a visão monista kelseniana: “Each of the two monistic interpretations may be

Na visão do teorista alemão, a visão subjetivista e dualista acaba por denegar a própria ideia de direito como um sistema normativo coerente – elemento central da sua teoria.⁵⁴⁶ O monismo esposado por Kelsen é um bom ponto de partida para buscar uma solução para o problema da fragmentação do direito internacional.⁵⁴⁷

313. A fragmentação normativa do direito internacional afeta diretamente a sua hierarquização. Segundo Charles de Visscher, é esse pluralismo de fontes (e de órgãos legislativos) impede uma sistematização orgânica desse ramo do direito.⁵⁴⁸

accepted or rejected in the face of any empirically given stipulations of positive national or international law”. KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. Nova York: Rinehart, 1959, p. 446.

⁵⁴⁶ “Senza voler in tal modo prendere una decisione tra le due concezioni del mondo, bisogna però sottolineare che la concezione giuridica soggettivista, in ultima analisi, non può non portare ad una negazione del diritto in generale e quindi della conoscenza giuridica, della scienza giuridica. Infatti l'essenza impenetrabile del diritto, tutta la sua esistenza, risiedono nella oggettività della sua validità. È solo una tautologia dire perciò che lo Stato, che un'entità collettiva, si danno solo per una concezione collettivistica o universalistica, cioè appunto oggettivistica. La tendenza soggettivistica congenita alla teoria del primato dell'ordinamento giuridico statale porta, dalla sua posizione di base, al rifiuto del diritto internazionale, e da qui alla negazione dell'idea del diritto - per lo meno in questa sfera - e alla affermazione del punto di vista della pura potenza. Così come lo stesso concetto, spostato coerentemente nella sfera del diritto statale, porta, come primato dell'individuo, alla negazione del diritto in generale e alla proclamazione dell'idea di potenza su tutta la linea. La maggior parte delle argomentazioni che mettono in questione diritto e scienza del diritto partono in definitiva da un principio soggettivistico.” KELSEN, Hans. *Il Problema della Sovranità e la Teoria del Diritto Internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto*. Milão: Giuffrè, 1989, p. 464-465.

⁵⁴⁷ “In the past half-century, the scope of international law has increased dramatically. From a tool dedicated to the regulation of formal diplomacy, it has expanded to deal with the most varied kinds of international activity, from trade to environmental protection, from human rights to scientific and technological cooperation. New multilateral institutions, regional and universal, have been set up in the fields of commerce, culture, security, development and so on. It is difficult to imagine today a sphere of social activity that would not be subject to some type of international legal regulation. However, this expansion has taken place in an uncoordinated fashion, within specific regional or functional groups of States. Focus has been on solving specific problems rather than attaining general, law-like regulation. This reflects what sociologists have called “functional differentiation”, the increasing specialization of parts of society and the related autonomization of those parts. It is a well-known paradox of globalization that while it has led to increasing uniformization of social life around the world, it has also led to its increasing fragmentation - that is, to the emergence of specialized and relatively autonomous spheres of social action and structure.” International Law Commission. *Fragmentation Of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, p. 3 Disponível em https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_1702.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵⁴⁸ “Le droit international envisagé dans son ensemble actuel se prête-t-il aujourd'hui à la systématisation? Peut-on dès à présent ramener son contenu, ce qui fait la matière des règles, à des institutions suffisamment connues et expérimentées comparables à celles qui servent de base aux systématisations du droit interne? Je ne le pense pas. Les jugements de valeur n'y ont pas, de façon générale, acquis le degré de fermeté et de concentration qui est le moteur de toute systématisation efficace. Les rapports entre États souffrent de nos jours d'un défaut d'adéquation des normes aux réalités de la vie internationale envisagées dans leur totalité, d'une absence de solidarité et de régularité qui s'explique tantôt par des différenciations naturelles, tantôt par l'action politique et individualiste du pouvoir.” VISSCHER, Charles de. *Méthode et Système em Droit International*. Recueil des Cours, Leiden, n. 138, 1973. p. 77.

314. Essa fragmentação, portanto, é intrinsicamente conectada à natureza heterárquica do direito internacional, em geral,⁵⁴⁹ e do direito internacional privado, em específico.⁵⁵⁰ Este último ramo, em especial, possui duas características que fomentam essa fragmentação. Primeiro, ele é historicamente visto como um ramo do direito doméstico, erigido a partir de normas baseadas nas políticas domésticas de cada Estado.⁵⁵¹ Ademais, o direito internacional privado tem, ainda hoje, caráter substancialmente conflitual: seu interesse é estipular regras que estabeleçam, dentro de um determinado ordenamento jurídico, qual é a lei aplicável a um determinado fato (ou ato) jurídico.⁵⁵²

315. Em que pese as tentativas de harmonização e uniformização do direito privado, fato é que a fragmentação é uma realidade do direito internacional privado contemporâneo.⁵⁵³ Seria

⁵⁴⁹ Para uma discussão sobre a natureza hierárquica do direito internacional, cf. SHELTON, Dina. Normative Hierarchy in International Law. *The American Journal of International Law*, V. 100, No. 2 (2006), p. 291-323

⁵⁵⁰ “The private international law-model is heterarchical in a double sense: not only are there a plurality of law-apppliers (e.g., domestic courts) which do not stand in a hierarchical relationship to each other, but moreover they each apply their own collision rules which do not necessarily coincide.” PETERS, Anne. The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. *International Journal of Constitutional Law*. V. 15, n. 3 (2017), p. 683.

⁵⁵¹ “Private International Law as part of the law of individual countries is domestic law, unfettered by special rules of Public International Law and unrelated to the rules of International Conflict of Laws. Subject only to the general standards of Public International Law, it is determined by the policies, traditions and standards of justice of the individual countries, and free from controls except in Federal states, where the Constitution may impose curbs.” LIPSTEIN, Kurt. *The General Principles of Private International Law*. Recueil des Cours, Leiden, n. 135, 1972. p. 192.

⁵⁵² “Elle peut se résumer en la proposition suivante: Toutes les fois qu'un tribunal a à connaître d'un litige international (c'est-à-dire dans la définition la plus vaste d'un litige comportant un élément d'extranéité) susceptible pour cette raison de se rattacher à deux ou plusieurs pays, il doit consulter sa propre règle de conflit de lois (son propre système de droit international privé) et déterminer par référence à cette dernière la loi applicable. Cette méthode de raisonnement, affinée par une doctrine séculaire dont l'origine remonte aux post-glossateurs, a été appliquée dans les divers pays de façon constante par la jurisprudence interne qui est le plus souvent la source principale de droit international privé, encore que la jurisprudence ne l'ait pas toujours explicitée avec toute la netteté désirable et en ait parfois usé plus ou moins consciemment comme M. Jourdain faisait de la prose, escamotant parfois l'étape conflictuelle dans la motivation de ses décisions pour appliquer directement la loi qui lui semblait préférable. Une telle méthode était universelle. Utilisée dans tous les pays, avec, il est vrai, quelques variantes, tenant en particulier au fait que, dans les Etats anglo-saxons, le lien a toujours été plus prononcé entre la compétence judiciaire et la compétence législative, à raison d'un clivage souvent différent entre la procédure et le fond qui conduisait à une hypertrophie des catégories procédurales et à une expansion corrélative du domaine de la *lex lori*.” LOUSSOUARN, Yvon. Cours Générale de Droit International Privé. *Recueil des Cours, Leiden*, n. 139, 1973. p. 279-280.

⁵⁵³ “Aux yeux de l'internationaliste privatiste, le thème de la fragmentation du droit applicable est plus qu'évocateur. Il pourrait même dans une acception large inclure toutes les problématiques du droit international privé. N'est-il pas, en effet, directement en prise avec l'objet spécifique de cette discipline : la coordination des ordres juridique nationaux en vue d'assurer la continuité des situations privées qui traversent les frontières ? Mieux, il est aisé de montrer – ce qui sera le sens de cette intervention – que ce thème, aussi ancien que la discipline elle-même, permet de faire sallir les bouleversements récents qui l'affectent.” BERGE, Jean-Sylvestre et al. *La Fragmentation du Droit Applicable aux Relations Internationales: Regards Croisées d'Internationalistes Privatistes et Publicistes*. Paris: Pedone, 2011. p. 11.

ingênuo, na nossa opinião, pensar em eliminá-la completamente.⁵⁵⁴ As teorias que tentaram fazê-lo falharam em atingir esse objetivo.⁵⁵⁵

316. Mas também parece equivocada ignorar que existem, sim, fontes múltiplas (estatais, não-estatais, domésticas e internacionais) que têm relevância teórica e prática no domínio do comércio internacional.⁵⁵⁶ Todas essas fontes, como já bem descrevia Kelsen, são oriundas de uma mesma ordem jurídica (que possui elementos domésticos e internacionais).

317. Diante desse cenário, a doutrina propõe uma nova função para o direito internacional privado: a gestão da pluralidade.⁵⁵⁷ Henri Batiffol, talvez inspirado no questionamento de Pillet,⁵⁵⁸ foi um dos primeiros a sugerir o posicionamento do direito internacional privado não como método conflitual, mas sim como sistema de coordenação das diversas ordens jurídicas que afetam as relações privadas.⁵⁵⁹

⁵⁵⁴ “*Une question que personne ne paraît avoir soupçonnée surgit en effet de l’analyse de ces documents, la solution n’en est guère douteuse, et rend malheureusement impossible, comme on le verra, l’unification définitive des règles du droit international privé.*” BARTIN, Étienne. De l’impossibilité d’arriver à la suppression définitive des conflits de lois. *Journal du Droit international Privé & Jurisprudence Comparée – Clunet*, v. 24, n. 3-4, 1897. p. 240.

⁵⁵⁵ Alguns dos próprios autores que defendem a existência de uma *lex mercatoria* autônoma sugerem sua suplementação pelo direito doméstico, na medida em que suas regras não sejam capazes de integrar, completamente, o contrato internacional. Aleksandar Goldstajjn, citando Pieter Sanders, afirma que: “*Professor Sanders rightly observes that in theory in any case involving international arbitration, some national law will have to be found and will be applicable to the substance of the dispute.*” GOLDSTAJJN, Aleksandar. “The New Law Merchant Reconsidered”. In: FABRICIUS, Fritz (ed.) *Law and international trade: Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag*. Frankfurt: Athenäum, 1973, p. 182, citando SANDERS, Pieter. The Role of Arbitration in Developing International Trade. ICC Document n°. 420/162, 2. IV, 1968.

⁵⁵⁶ “*Il existe dans le domaine du droit des relations économiques internationales un ensemble de règles qui ne sont pas toutes nées de l’action des Etats.*” KAHN, Philippe. Droit International Économique, Droit du Développement, Lex Mercatoria : Concept Unique ou Pluralisme des Ordres Juridiques? In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97.

⁵⁵⁷ “*Instrument de gestion de la diversité des droits, le droit international privé s’est ainsi vu confier une place croissante, à la mesure du développement des relations privées internationales, la disparition même de ses causes génératrices n’étant de surcroît guère envisageable : l’unification totale des systèmes juridiques est aussi peu probable que souhaitable – si l’on veut bien admettre du moins que la diversité constitue une richesse –, au point qu’elle demeure même encore assez éloignée à l’échelon simplement régional, en dépit de forces contraires (Union européenne) ; quant à la fermeture absolue des frontières interdisant tout commerce juridique entre les hommes et leurs entreprises, elle n’est pas davantage probable dans le contexte actuel de circulation des personnes, de mondialisation et de globalisation des échanges.*” BUREAU, Dominique ; MUIR WATT, Horatia. *Le Droit International Privé*. Tome I. Paris: Puf, 2017, p. 1.

⁵⁵⁸ “*Mais n’existe-t-il pas à cette unification des obstacles de droit et la variété des législations n’est-elle pas de nature à rendre impossible l’établissement d’un système général de coordination?*” PILLET, Antoine. *Principes de Droit International Privé*. Paris: Pedone, 1903. p. 102.

⁵⁵⁹ A definição do termo coordenação ora adotada afirma que o conceito se materializa como “*l’ensemble des démarches qui, tenant compte de la diversité des systèmes juridiques sur le plan interne comme internationale*

318. Segundo o mestre francês, o método do direito internacional privado deve ter como norte a ordenação das diversas fontes do direito privado aplicáveis às situações internacionais.⁵⁶⁰ Na visão de Batiffol, essa necessidade de coordenação demanda de juízes e legisladores que compreendam e apliquem a norma internacional dentro do seu contexto doméstico e internacional; afinal, de acordo com o autor, a coordenação é o método mais eficaz de se apaziguar situações transfronteiriças.⁵⁶¹

319. Batiffol melhor descreveu sua proposta como um sistema de interação conjunta das diferentes leis que regulem uma situação internacional, de forma que o papel do direito internacional privado é, justamente, ordenar essa multiplicidade de fontes, reduzindo dificuldades e fricções naturais das relações privadas internacionais.⁵⁶² Ainda segundo o

des difficultés qui en résultent dans les relations privées, tendent à en atténuer les effets, pareille atténuation apparaissant comme la fin première du droit international privé.” CORNU, Gérard. *Vocabulaire Juridique*. 6^a Ed. Paris: Association Henri Capitant, 2004, p. 237. Neste mesmo sentido, cf. MAYER, Pierre. *Le Phénomène de la Coordination des Ordres Juridiques Étatiques en Droit Privé*. Recueil des Cours, Leiden, n. 327, 2007. p. 279-280.

⁵⁶⁰ “*Le développement moderne du droit international privé suggère l’idée qu’il tend vers un ordre de systèmes, en ce sens qu’il travaille à la coordination de systèmes distincts coexistants, afin de soumettre à un régime défini les relations privées qui, par leur caractère international, se présentent comme insérant simultanément dans plusieurs systèmes différents.*” BATIFFOL, Henri. *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*. Paris: Dalloz, 2002, p. 19.

⁵⁶¹ “*Il semble que ce dernier dernier facteur exprime l’originalité de la situation actuelle : législations et jurisprudences pourraient être animées du souci exclusif de contribuer à la construction d’un ordre universellement valable, et elles le son sans doute partiellement ou indirectement, elles n’en continueraient pas moins à exercer à titre autonome le pouvoir de décision et de sanction. On voit donc, quel que soit le but poursuivi, apparaître en un relief singulier l’élément impératif qui entre dans la notion de droit : en supposant même que règne dans tous le pays la même conception du but à atteindre, les décisions qu’implique tout système juridique sont remises à des pouvoirs distincts. Le phénomène n’est sans doute pas propre au droit international privé, car l’absence d’autorité supra-étatique conduit aussi, en droit international public, à ce résultat que chaque Etat détermine par les traités qu’il accepte de signer, ou plus généralement par ses actes, ce qu’il reconnaît comme les règles de sa conduite vis-à-vis des autre Etats. Mais le droit international privé permet une étude plus serrée du phénomène parce que ses prescriptions, s’adressant aux particuliers, sont normalement sanctionnés par le tribunaux internes. Le volume de leur jurisprudence, la précision nécessaire des décisions contentieuses motivées, l’amplitude des expériences sus lesquelles elles reposent permettent d’apercevoir des réalités que n’apparaissent pas ailleurs.*” BATIFFOL, Henri. *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*. Op, Cit., p. 104.

⁵⁶² “*Alors les dispositions de ces différentes lois vont jouer ensemble, et pour donner à la situation un règlement homogène et satisfaisant. Seulement comme leurs teneurs sont différentes, on s’est aperçu assez lentement, mais de plus en plus clairement, que cette multiplicité de lois applicables dans une situation qui constitue une unité concrète ne va pas sans difficultés et frictions. Il s’agit d’articuler les uns aux autres des systèmes différents pour que leurs dispositions jouent ensemble sans lacunes, doubles emplois ou contradictions. Il s’agit bien finalement de coordonner les systèmes, de les faire vivre ensemble, et non pas de les regarder comme des entités entièrement séparées les unes des autres.*” BATIFFOL, Henri. *Réflexions sur la Coordination des Systèmes Nationaux*. Recueil des Cours, Leiden, n. 120, 1967. p. 174. Na mesma linha, cf. BATIFFOL, Henri. *Reflexions sur la Coordination des Systemes Nationaux*. *Seton Hall Law Review*, v. 15, n. 4, p. 817, 1985.

internacionalista francês, esse método de coordenação deve ter um objetivo, como, por exemplo, preservar a harmonia internacional.⁵⁶³

320. A doutrina francesa, que melhor desenvolveu a noção posta por Batiffol, afirma que esse novo método parte de duas premissas básicas: primeiro, sua construção se funda não no conflito de leis, mas na coordenação entre as diversas fontes do direito internacional privado. Essa característica representa um rompimento radical com o paradigma clássico do direito internacional privado, construído, no seu bojo, pela noção de conflito de jurisdições.⁵⁶⁴

321. Segundo, esse sistema reconhece valor tanto na proteção da internacionalidade da relação jurídica, quanto na tolerância à pluralidade.⁵⁶⁵ Esse sistema não busca afastar o direito doméstico completamente; busca-se, apenas, uma metodologia que pregue a coexistência entre as diversas fontes (domésticas e internacionais, estatais e não estatais),⁵⁶⁶ preservando, ao mesmo tempo, a internacionalidade e os valores fundamentais das diversas culturas jurídicas.⁵⁶⁷

⁵⁶³ “S’il faut rechercher un objectif susceptible de guider le législateur, le juge, l’interprète dans l’élaboration des solutions du droit international privé, et qui aille au delà d’une protection individuelle, apparue insuffisante, un programme se présente comme tout opposé, en ce qu’il procède de la considération des ensembles et en même temps d’ailleurs modeste, précis et adapté, c’est celui de l’harmonie internationale des solutions.” BATIFFOL, Henri. *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*. Op. Cit., p. 212.

⁵⁶⁴ “Dans la conception romaniste, les institutions de droit privé [...] sont perçues comme équivalents dans les systèmes juridiques nationaux. C’est pourquoi le droit des conflits de lois fondé sur cette conception (Savigny) se donne pour objectif d’élire un seul droit applicable par rapport de droit. Dans une perspective internationale et européenne, ce schéma est totalement bouleversé. Le cas de complémentarité y sont beaucoup plus fréquents. L’explication est simple : le droit international et européen sont soumis à un principe de spécialité de sorte qu’ils présentent par nature un caractère incomplet. Il est donc fréquent que des combinaisons associant le contenu matériel des droits en présence se produisent.” BERGÉ, Jean-Sylvestre. *Droit International Privé et Approche Contextualisée des Cas de Pluralisme Juridique Mondial*. In: D’Avout, Louis et al. (dir.). *Les Relations Privées Internationales, Contribution Aux Mélanges Bernard Audit* Paris : LGDJ, 2014, p. 72-73.

⁵⁶⁵ “Analogiquement, on pourrait imaginer l’organisation d’une communauté internationale se structurant sur la base d’un système socio-culturel, à la fois, dominant et tolérant (ce système socio culturel pouvant être soit national, soit multinational, soit transnational).” SANSON, Henri. *Le Point de Vue du Sociologue: Modèles de Coexistence dans la Différence des Cultures*. In.: DUPUY, René-Jean (ed.) *L’Avenir du Droit International dans un Monde Multiculturel*. A Haia : Martinus Nijhoff, 1984, p. 60.

⁵⁶⁶ “Ainsi, on voit que les rapports entre les sources du droit des relations privées internationales sont complexes. En raison de l’extrême diversité de ces sources, il n’est pas étonnant que l’on constate tant des phénomènes de simple coexistence que l’apparition de hiérarchies plus ou moins nettes, ou qu’enfin de véritables conflits dont la solution est parfois difficile. Il y a quand même une certaine organisation des rapports entre ces sources, ce qui conduit à dire qu’il ne s’agit pas seulement de pluralité mais de pluralisme.” GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le Pluralisme en Droit International Privé: Richesses et Faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)*. *Recueil des Cours, Leiden*, n. 312, 2005. p. 159.

⁵⁶⁷ “Le droit international a pour caractéristique d’être créé à partir d’entités qui, en dehors de ces traits communs qui leur font reconnaître la condition d’Etats, sont hétérogènes à de nombreux égards. Il se définit explicitement comme un dénominateur commun entre les diversités étatiques et constitue une technique de production d’unité à partir de la pluralité reconnue.” LACHARRIÈRE, Guy de. *Le Point de Vue du Juriste: La Production et Application du Droit International dans un Monde Multiculturel*. In.: DUPUY, René-Jean (ed.) *L’Avenir du Droit International dans un Monde Multiculturel*. A Haia : Martinus Nijhoff, 1984, p. 67.

322. Essa teoria foi posteriormente desenvolvida por Erik Jayme.⁵⁶⁸ Diante da dicotomia existente entre integração econômica e pluralidade de ordens jurídicas, o mestre de Heidelberg propõe uma revisão do paradigma clássico fundada em um novo regime de diálogo entre as fontes do direito internacional privado.⁵⁶⁹

323. A doutrina contemporânea segue a mesma linha. Emmanuel Gaillard, examinando o tema sob a ótica da arbitragem internacional, defende a ideia de que a ordem jurídica arbitral é fundada na coordenação entre diversos instrumentos domésticos e internacionais, sob a égide de princípios internacionais que garantem a coerência do sistema arbitral como um todo.⁵⁷⁰

324. Ralf Michaels, bebendo na fonte de Hart,⁵⁷¹ propôs o que chamou de “*normas terciárias*”: regras cuja função é negociar a interação das diversas normas internacionais.⁵⁷²

⁵⁶⁸ “Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus importante est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux : toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles “parlent” l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent.” JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 251, 1995. p. 259.

⁵⁶⁹ A ideia de Erik Jayme ganhou alguma tração no Brasil, em especial no campo do direito do consumidor. Cf., e.g., MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das Fontes. In: BENJAMIN, Herman V. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. p. 122-138.

⁵⁷⁰ “Au sein d’un même ordre juridique, plusieurs juridictions peuvent être appelées à connaître, simultanément ou successivement, d’un même différend ou de différends connexes. Des notions classiques telles que celle de litispendance ou d’autorité de la chose jugée permettent d’assurer la cohérence des solutions dans cet ordre juridique. La matière n’a rien d’original pour les ordres juridiques étatiques mais la question se pose de savoir si ces notions jouent un rôle équivalent au sein de l’ordre juridique arbitral. Le fonctionnement harmonieux de tels principes dans l’articulation des compétences de divers tribunaux arbitraux pourra même être perçu comme un signe de l’existence d’un ordre juridique arbitral, par opposition à une série de procédures isolées dont les relations ne peuvent être qu’accidentelles.” GAILLARD, Emmanuel. Dialogue Des Ordres Juridiques: Ordre Juridique Arbitral et Ordres Juridiques Étatiques. *Revue de L’Arbitrage*, v. 2018, n. 3, p. 502, 2018.

⁵⁷¹ “If we stand back and consider the structure which has resulted from the combination of primary rules of obligation with the secondary rules of recognition, change and adjudication, it is plain that we have here not only the heart of a legal system, but a most powerful tool for the analysis of much that has puzzled both the jurist and the political theorist.” HART, H.L.A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 98. Para um debate sobre a filosofia do direito de Hart, cf. MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 94-105.

⁵⁷² “Normas terciárias são as regras pelas quais os sistemas jurídicos interagem entre si. Em outras palavras, são as normas com as quais um sistema jurídico, o alemão por exemplo, reage à existência e às regras deste outro direito. Isto diz respeito a pesquisas que estão relativamente difundas no momento sobre um assunto que às vezes é chamado de interlegalidade, às vezes de pluralismo jurídico global e às vezes de direito transnacional. O que está sendo negociado aqui é uma pluralidade de direitos. A lei não é apenas uma, mas muitas, e nem todas as leis são leis estatais, mas também há leis não estatais. É relativamente fácil dizer que existem muitos direitos e que alguns são não estatais. O difícil é: como se comporta a lei quando ela é uma e muitas ao mesmo tempo? O que precisamos neste conceito jurídico de direito global é de uma compreensão de como os direitos se relacionam uns com os outros. Eu espero que para isso estas normas terciárias possam ser úteis.” MICHAELS, Ralf. “O Direito Marginal”. In: FARIAS, Inez; MOSCHEN, Valesca. *Desafios do Direito Internacional Privado na Sociedade Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 19.

Essas regras serviriam o propósito de navegar a pluralidade de ordens jurídicas, estipulando critérios de coordenação das diferentes regras aplicáveis a um mesmo fator internacional.

325. É possível traçar um paralelo entre a coordenação do direito internacional privado e o positivismo. Se o monismo kelseniano reconhece que as normas domésticas e internacionais fazem parte de uma mesma ordem jurídica – que expressa, em sua essência, um “*todo social*”, como afirmava Eros Grau⁵⁷³ –, não seria um absurdo pensar que uma metodologia hermenêutica do direito internacional busque, portanto, estipular regras que coordenem, justamente, a aplicação destas normas (incluindo, aí, aquelas de origem não-estatal).⁵⁷⁴

326. Essa ótica é adequada para a realidade atual do direito dos contratos comerciais internacionais. As fontes internacionais que regem os contratos do comércio internacional, por exemplo, sugerem um método coordenativo na linha do sugerido pela doutrina moderna – compatível não só com as tendências mais modernas sobre o papel do direito internacional privado na sociedade contemporânea, como também com a perspectiva do positivismo clássico sobre a teoria do direito internacional.

⁵⁷³ “O direito, visto assim, não é uma representação da realidade social, existente fora dela, porém um nível do todo social, no qual se expressam as relações sociais.” GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

⁵⁷⁴ Nos parece equivocado pensar as fontes de direito não-estatal se conflitam com a posição kelseniana. Kelsen nos ensina que a *Grundnorm* é pressuposta, ou assumida – ela é, portanto, naturalmente subjetiva: “A Teoria Pura do Direito opera com essa norma jurídica fundamental como se fora uma situação hipotética. Sob a suposição de que ela vale, vale também o ordenamento jurídico sob o qual repousa.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. Cit., p. 97. Na visão de Kelsen, validade e eficácia andam juntas na construção de um sistema normativo: “A afirmação de que uma norma é válida e a afirmação de que é eficaz são, é verdade, duas afirmações diferentes. Mas, apesar de validade e eficácia serem dois conceitos inteiramente diversos, existe, contudo, uma relação muito importante entre os dois. Uma norma é considerada válida apenas co a condição de pertencer a um sistema de normas, a uma ordem que, no todo é eficaz. Assim, a eficácia é uma condição de validade”. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 58. A validade e eficácia do ordenamento jurídico depende da compreensão da sociedade sobre o seu valor normativo – que é, no fim, o próprio conteúdo da *Grundnorm*: “É por isso que um ordenamento normativo tem de perder sua validade diante da realidade, que deixa de corresponder-lhe até certo grau. A validade de um ordenamento jurídico que regulamenta a conduta de determinadas pessoas encontra-se, portanto, em certa relação de dependência pelo fato de que a conduta dessas pessoas corresponde ao ordenamento jurídico – à sua eficácia, como se costuma dizer.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Op. Cit., p. 99. Logo, a sociedade, através de suas instituições políticas, econômicas e culturais, pode, sim, reconhecer valor em uma norma cuja produção não se origina do Estado. Nesta mesma linha, cf. REIMER, Philipp. “L’État, c’est le Droit! – sobre a Atualidade da Teoria do Estado de Hans Kelsen em face da Metamorfose do Poder Estatal”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação da UFRGS*, v. 11, n. 1, p. 58-59, 2016, onde o autor assevera que: “Para uma observação empírico-científica inexistem quaisquer motivos, por sua vez, para não levar em consideração declarações de propósitos, sugestões de regulação, manifestações de desejo e similares atos de positividade da ‘soft law’. Aqui seria, pelo contrário, um equívoco providenciar prontamente um tratamento especial à ‘hard law’ enquanto tal; isso porque normas jurídicas não produzem efeitos na realidade a partir de si mesmas, mas sim somente na medida e enquanto seres humanos decidem obedecê-las com base em quaisquer motivações individuais.”

3.2.2.2. CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS EXISTENTES NO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO

327. As diversas fontes descritas acima padecem de um mal inerente da sua fragmentação: uma certa falta de coerência.⁵⁷⁵ Se o direito doméstico – produto, em geral, do mesmo órgão legislativo – flerta com a incoerência sistemática, o que se dizer do sistema jurídico internacional, que depende da interação de normas oriundas de legisladores diferentes.⁵⁷⁶

328. Não existe, hoje, um método hermenêutico do direito internacional que enderece essa problemática.⁵⁷⁷ A boa notícia é que as fontes internacionais aplicáveis aos contratos do comércio internacional nos fornecem material suficiente para se encontrar regras de hermenêutica que podem ser aplicadas aos contratos comerciais internacionais.

329. O primeiro passo é, portanto, identificar estes princípios dentre este complexo sistema normativo. Esse esforço começa no exame das fontes internacionais, em especial nos tratados relevantes para o comércio internacional. O principal desses tratados, a CISG, cria um claro sistema de interação entre as diversas fontes aplicáveis aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ “*Le pluralisme juridique preconise d’aller plus loin, en consacrant l’autonomie normative de chaque commune que’il reconnait comme telle. On lui oppose le chaos qui en resulterait, le risque d’alienation des communes vivants chacune en vase clos, l’incoherence qu’il y aurait a vouloir remplacer le rapport de principe a exception par la mediation et le compromis.*” MUIR-WATT, Horatia. Discours sur Les Methodes du Droit International Privé. *Recueil des Cours*, n. 389, 2017. p. 332.

⁵⁷⁶ “*On constate donc que tant les rapports entre sources internationales et sources nationales que les rapports des sources internationales entre elles sont souvent problématiques.*” GAUDEMET-TALLON, Hélène. De Quelques Sources Internationales du Droit International Privé : Ordre ou Désordre? *In: COURBE, Patrick et al. Le Monde du Droit: Ecrits Rédigés en l’Honneur de Jacques Foyer*. Paris: Economica, 2008, p. 485. Neste mesmo sentido, cf. GAUDEMET-TALLON, Hélène. ‘De Quelques Souhais pour une Meilleure Coherence des Règles de Conflits de Lois *In: HONRUBIA, Victoria et al. Pacis Artes : Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*. Tomo II. Madrid: Eurolex, 2005, p. 1.593-1.618, p. 1.593, onde se lê: “*Ce faisant, le droit international privé n’est certes pas isolé: toutes les branches du droit, qu’il s’agisse de droit interne ou de droit international son de plus en plus complexes*”

⁵⁷⁷ O direito internacional encontra-se, hoje, no ponto que Mireille Delmas-Marty chama de “*paisagem revolucionada, em que as regras de direito parecem surgir de todos os lados, a todo o momento e em todos os sentidos: relatividade espacial, temporal e conceptual que embaralha todos os pontos de referência habituais, deixando ver um espaço normativo ‘desestatizado’, um tempo ‘desestabilizado’ e uma ordem ‘deslegalizada’.*” DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

⁵⁷⁸ “*A teoria do diálogo das fontes, proposta por Erik Jayme, pode ser aplicada à CISG diante da ocorrência de lacuna no texto convencional. Nessa hipótese, o juiz deve sopesar as diversas fontes heterogêneas, e ao final escolher a regra que melhor preserve o caráter internacional do contrato e assegure os princípios fundamentais consagrados no artigo 7(1).*” ARAÚJO, Nadia de; SPITZ, Lidia; TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. Diálogo das fontes: interações entre a lei doméstica e a CISG. *In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (org.). A Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 602.

330. A CISG constrói seu método hermenêutico a partir do seu artigo 6º. Essa norma representa um reconhecimento de que a autonomia da vontade das partes é elemento essencial na hermenêutica dos contratos do comércio internacional.⁵⁷⁹ Ao dar às partes a autonomia de excluir os dispositivos da Convenção, o artigo 6º da CISG coloca o contrato em papel protagonista no que tange à interpretação e integração das normas aplicáveis aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias.

331. A CISG também reconhece um papel relevante para o direito não-estatal e para o direito internacional privado. O artigo 7 da CISG⁵⁸⁰ prevê duas regras: primeiro, a norma dá ao operador do direito um norte interpretativo,⁵⁸¹ demandando-o que observe sempre o caráter internacional e a uniformidade na aplicação da Convenção, bem como que assegure o respeito à boa-fé no comércio internacional. Segundo, estabelece que as matérias governadas, mas não resolvidas, pela CISG serão integradas segundo os princípios gerais que são fundamento da Convenção, ou, na sua falta, de acordo com as regras de direito internacional privado.

332. Esta parte indica ao hermeneuta que ferramentas estão disponíveis a ele no esforço integrativo da Convenção.⁵⁸² O artigo 7(2) autoriza o uso de instrumentos de direito não-estatal,

⁵⁷⁹ “*El principio de libertad de pacto, en su formulación más amplia, aparece reconocido en el artículo 6: ‘Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos’. Se deriva claramente como las partes pueden excluir no sólo la aplicación entera del texto uniforme – autonomía de la voluntad como facultad reconocida a las partes para designar el ordenamiento jurídico aplicable a un contrato internacional – sino que pueden establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos (autonomía de tipo negocial).” Cf. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *La formación del Contrato de Compraventa Internacional de mercaderías*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1996.*

⁵⁸⁰ Art. 7 (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

⁵⁸¹ “*The first part in the triadic classification of Article 7, above, is probably the most important one since it not only stresses the character of the Convention and its all-important goal of uniform application, but it also describes ‘the process by which those called upon to apply the Convention to a particular case ascertain the meaning and legal effect to be given to its individual articles.’ In effect, the first part of Article 7(1) is the tool that determines the precise scope of the other two parts of Article 7, as well.*” FELEMEGAS, John. *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation*. Disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/united-nations-convention-contracts-international-sale-goods-article-7-and-1#ch3>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵⁸² “*Such abstract enumerations may help to develop a “feeling” for the underlying policies of the CISG, but they should not be regarded as ready-made instruments for handling the specific issues of the case at hand. In fact, the question of gap-filling by using general principles should be addressed separately for each specific “gap”.[50] It is further submitted that when “finding” the general principle, one should try to draw parallels to existing provisions. In the example mentioned above one could for instance regard Art. 57 CISG as an expression of the general principle that monetary obligations are to be performed at the place of business of the monetary creditor unless the parties have agreed otherwise.*” HUBER, Peter. “Some Introductory Remarks on the CISG”. *Internationales Handelsrecht*, v. 6, n 6, p. 294, 2006.

como os Princípios do UNIDROIT, por exemplo, como instrumentos de integração das lacunas da CISG.⁵⁸³ Por isso, os instrumentos de direito não-estatal assumem, também, um relevante papel integrativo: na ausência de manifestação de vontade das partes ou de regra da convenção sobre um determinado aspecto do contrato, o intérprete pode utilizar esses instrumentos para integrar a norma aplicável ao contrato.⁵⁸⁴ Tudo, sempre, em proteção ao caráter internacional da Convenção.

333. A construção do método hermenêutico passa, ainda, pela regra contida nos artigos 8(3) e 9º da Convenção. Esses dispositivos têm como função tornar vinculantes às partes as práticas, os usos e os costumes do comércio internacional e reconhecem, igualmente, papel dessas fontes na interpretação e integração do contrato de compra e venda internacional de mercadorias.⁵⁸⁵

334. Outras convenções possuem normas similares. A Convenção de Ottawa sobre *leasing* prevê a opção de as partes excluïrem a sua aplicação⁵⁸⁶ e o papel integrativo do direito não-

⁵⁸³ “Os Princípios do UNIDROIT podem igualmente ser utilizados para interpretar ou complementar instrumentos internacionais de direito uniforme, como os INCOTERMS da CCI, ou a Convenção da ONU sobre a Compra e venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980).” GAMA JR., Lauro. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: Soft law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 458.

⁵⁸⁴ Note-se, ainda, que este dispositivo da CISG inspirou normas similares em outras convenções de direito uniforme. Cf. e.g., o artigo 3º das Regras de Rotterdam, o artigo 2º das Regras de Hamburgo, o artigo 5(1) e (2) da Convenção de Cape Town, o artigo 6(1) e (2) da Convenção de Ottawa sobre *Leasing*, e os artigos 4(1) e (2) da Convenção de Ottawa sobre *Factoring*, que possuem regras praticamente idênticas às do artigo 7º da CISG.

⁵⁸⁵ “The Vienna Convention prescribes a double function for trade usages, interpretative and normative. The principal example of the former is found in Article 8(3), which states that ‘[i]n determining the intent of a party, or the understanding [of] a reasonable person, ... due consideration is to be given to ...’ practices and usages among other things. Thus, this particular provision uses trade usages as a factor for interpreting the will of the parties, in other words it lends an interpretative value to the usages. However, the most important provisions concerning trade usages are those of Article 9. In stating that ‘[t]he parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices they have established between themselves’ (Article 9(1)) and that ‘[t]he parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned’ (Article 9(2)), Article 9 grants normative value to trade usages.” PAMBOUKIS, Chalarambos. “The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods”. *Journal of Law and Commerce*, v. 25, n. 1, p. 107, 2006.

⁵⁸⁶ Art. 5(1) The application of this Convention may be excluded only if each of the parties to the supply agreement and each of the parties to the leasing agreement agree to exclude it. (2) Where the application of this Convention has not been excluded in accordance with the previous paragraph, the parties may, in their relations with each other, derogate from or vary the effect of any of its provisions except as stated in Articles 8(3) and 13(3)(b) and (4).

estatal.⁵⁸⁷ Regras idênticas constam, ainda da Convenção de Ottawa sobre *factoring*.⁵⁸⁸ Essas convenções também estipulam a preservação da internacionalidade como critério hermenêutico maior, em seus artigos 6(1)⁵⁸⁹ e 4(1),⁵⁹⁰ respectivamente.

335. Esse modelo de sistema coordenativo foi adotado também pelos Princípios do UNIDROIT. O artigo 1.1 dos Princípios do UNIDROIT⁵⁹¹ reconhecem uma ampla liberdade para as partes determinarem o conteúdo material do contrato.⁵⁹²

336. Na mesma toada, o artigo 1.5. prevê a autonomia conflitual das partes, autorizando-as a optar pela aplicação integral ou parcial dos Princípios.⁵⁹³ Aqui, a diferente natureza dos Princípios marca uma importante distinção para o ambiente normativo da CISG: os Princípios

⁵⁸⁷ Art. 6(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law

⁵⁸⁸ Art. 3(1) The application of this Convention may be excluded: (a) by the parties to the factoring contract; or (b) by the parties to the contract of sale of goods, as regards receivables arising at or after the time when the factor has been given notice in writing of such exclusion. (2) Where the application of this Convention is excluded in accordance with the previous paragraph, such exclusion may be made only as regards the Convention as a whole. [...] Art. 4(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

⁵⁸⁹ Article 6 (1) – In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its object and purpose as set forth in the preamble, to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

⁵⁹⁰ Art. 4(1) 1. – In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its object and purpose as set forth in the preamble, to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

⁵⁹¹ Art. 1.1. The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

⁵⁹² “*The principle of freedom of contract is of paramount importance in the context of international trade. The right of business people to decide freely to whom they will offer their goods or services and by whom they wish to be supplied, as well as the possibility for them freely to agree on the terms of individual transactions, are the cornerstones of an open, market-oriented and competitive international economic order.*” Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵⁹³ Art. 1.5. The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.

possuem diversas funções,⁵⁹⁴ podendo se aplicar quando as partes assim optarem, ou caso uma corte ou tribunal decida aplicá-los na ausência de escolha de lei.⁵⁹⁵

337. Os Princípios do UNIDROIT também exigem do intérprete que dê preferência à internacionalidade da avença na interpretação de seus dispositivos. É o que prevê o artigo 1.6 (1) dos Princípios,⁵⁹⁶ na medida em que este dispositivo prega a interpretação autônoma da norma, i.e., desconectada de conceitos domésticos e privilegiando, sempre que possível, a sua internacionalidade.⁵⁹⁷

338. Além disso, o intérprete também deve considerar outros instrumentos de direito não estatal. É o que prevê o artigo 1.6(2) dos Princípios,⁵⁹⁸ que atribui caráter integrativo a outros

⁵⁹⁴ Nesse sentido, cf. o preâmbulo dos Princípios, que afirma que: “*These Principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. (*) They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the lex mercatoria or the like. They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators.*”. Essa lista, contudo, não é exaustiva: “*The list set out in the Preamble of the different ways in which the Principles may be used is not exhaustive.*” Cf. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵⁹⁵ “*Il ne s’agit point d’une Convention internationale mais d’un ensemble de règles ‘laborées dans un contexte international auxquelles les parties d’un contrat peuvent se reporter ou que les juges et les arbitres peuvent appliquer quando ils estiment ne pas vouloir ou ne pas pouvoir se référer à un système juridique national ou à une Convention internationale de droit matériel uniforme.*” GIARDINA, Andrea. I Principi UNIDROIT Quale Lege Regolatrice dei Contratti Internazionali (I Principie d il Diritto Internazionale Privato). In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997, p. 57.

⁵⁹⁶ Art. 1.6(1) In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application.

⁵⁹⁷ “*The first criterion laid down by this Article for the interpretation of the Principles is that regard is to be had to their “international character”. This means that their terms and concepts are to be interpreted autonomously, i.e. in the context of the Principles themselves and not by reference to the meaning which might traditionally be attached to them by a particular domestic law. Such an approach becomes necessary if it is recalled that the Principles are the result of thorough comparative studies carried out by lawyers coming from totally different cultural and legal backgrounds. When drafting the individual provisions, these experts had to find sufficiently neutral legal language on which they could reach a common understanding. Even in the exceptional cases where terms or concepts peculiar to one or more national laws are employed, the intention was never to use them in their traditional meaning.*” Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁵⁹⁸ Art. 1.6(2) Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are as far as possible to be settled in accordance with their underlying general principles.

instrumentos de direito não estatal que contenham, neles próprios, princípios gerais do direito dos contratos do comércio internacional.⁵⁹⁹

339. A sistemática dos Princípios do UNIDROIT também atribui à autonomia da vontade papel relevante na coordenação de outras fontes incidentes sobre os contratos comerciais internacionais. O artigo 1.9 espelha o artigo 9 da CISG, na medida em que torna vinculante as práticas, usos e costumes acordados entre as partes (tácita ou expressamente).⁶⁰⁰ Essa coordenação inclui, também, outros princípios gerais de comércio internacional, como regras de conduta de um determinado setor, por exemplo.⁶⁰¹

340. Logo, o sistema hermenêutico existente, hoje, nas fontes internacionais dos contratos comerciais transfronteiriços se funda em um método de coordenação,⁶⁰² baseado em dois balizares fundamentais: o protagonismo da autonomia da vontade e a proteção da internacionalidade. A ampla adoção desses parâmetros hermenêuticos comprova sua adequação ao mundo dos contratos comerciais internacionais.

⁵⁹⁹ “If the issue cannot be solved by a mere extension of specific provisions dealing with analogous cases, recourse must be had to the ‘general principles’ underlying the UNIDROIT Principles, i.e., to the principles and rules which may be applied on a much wider scale because of their general character. Some of these fundamental principles or basic ideas are expressly stated in the UNIDROIT Principles. Others have to be extracted from specific provisions, i.e. the particular rules contained therein must be analysed in order to see whether they can be considered an expression of a more general principles, and as such capable of being applied also to cases different from those specifically regulated.” BONELL, Michael Joachim. *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3ª ed. Nova York: Transnational Publishers, 2005. p. 85.

⁶⁰⁰ Art. 1.9 (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves. (2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

⁶⁰¹ Cf. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁰¹ “By stating that the parties are bound by usages to which they have agreed, paragraph (1) of this Article merely applies the general principle of freedom of contract laid down in Article 1.1. Indeed, the parties may either negotiate all the terms of their contract, or for certain questions simply refer to other sources including usages. The parties may stipulate the application of any usage, including a usage developed within a trade sector to which neither party belongs, or a usage relating to a different type of contract. It is even conceivable that the parties will agree on the application of what sometimes misleadingly are called usages, i.e. a set of rules issued by a particular trade association under the title of “Usages”, but which only in part reflects established general lines of conduct.” Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁰² Tratando especificamente da coordenação entre normas de conflito e direito uniforme, Ana Carolina Aguiar Beneti afirma que: “Ambos os métodos se interrelacionam e colaboram entre si”. BENETI, Ana Carolina Aguiar. *CISG - convenção de viena das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias, como legislação uniforme, e sua correlação com as regras de direito internacional privado brasileiras*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 27. DOI:10.11606/T.2.2021.tde-21072022-103010.

3.2.2.3 A AUTONOMIA DA VONTADE COMO ELEMENTO PROTAGONISTA NA INTERAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO DOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

341. A dogmática da autonomia privada tem conexão com o fascínio pelo livre-arbítrio.⁶⁰³ Ambos são intimamente conectados, na medida em que o exercício jurídico da autonomia privada tem sua fundamentação axiológica na existência de uma concepção de vontade livre.⁶⁰⁴

342. O estudo do livre-arbítrio tem origem na filosofia grega. Um dos primeiros filósofos a discutir sua problemática foi Epiteto. Vivendo boa parte de sua vida como escravo de Epafrodito, secretário do Imperador Nero,⁶⁰⁵ Epiteto defendia que a moralidade das ações humanas se constrói a partir da liberdade individual.⁶⁰⁶

343. A filosofia do livre-arbítrio se desenvolveu através de Platão e Aristóteles. Em *República*, Platão – reproduzindo a filosofia de Sócrates – assevera que o livre-arbítrio se

⁶⁰³ “Suppose you find yourself feeling moderately hungry one afternoon, so you walk to the fruit bowl in your kitchen, where you see one apple and one banana. As it happens, you choose the banana. But it seems absolutely obvious that you were free to choose the apple – or neither, or both – instead. That’s free will: were you to rewind the tape of world history, to the instant just before you made your decision, with everything in the universe exactly the same, you’d have been able to make a different one. Nothing could be more self-evident. And yet according to a growing chorus of philosophers and scientists, who have a variety of different reasons for their view, it also can’t possibly be the case.” BURKEMAN, Oliver. The clockwork universe: is free will an illusion? *The Guardian*, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2021/apr/27/the-clockwork-universe-is-free-will-an-illusion>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁰⁴ “Para o direito, a vontade reveste-se de especial importância pela circunstância de constituir-se em um dos principais elementos jurídicos do ato jurídico. Manifestando-se de acordo com os preceitos legais, a vontade produz determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas, caracterizando, assim, a vontade jurídica.” AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 26, n 102, p. 207-230, 1989. p. 222.

⁶⁰⁵ Para uma biografia de Epiteto, cf. DINUCCI, Aldo. *Introdução ao Manual de Epiteto*. São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe, 2012, p. 3-4.

⁶⁰⁶ “Das coisas existentes, algumas são encargos nossos, outras não. São encargos nossos o juízo, o impulso, o desejo, a repulsa – em suma: tudo quanto seja ação nossa. Não são encargos nossos o corpo, as posses, a reputação, os cargos públicos – em suma: tudo quanto não seja ação nossa. Por natureza, as coisas que são encargos nossos são livres, desobstruídas, sem entraves. As que não são encargos nossos são débeis, escravas, obstruídas, de outrem. Lembra então que, se pensares livres as coisas escravas por natureza e tuas as de outrem, tu te farás entraves, tu te afligirás, tu te inquietarás, censurarás tanto os deuses como os homens. Mas se pensares teu unicamente o que é teu, e o que é de outrem, como o é, de outrem, ninguém jamais te constrangerá, ninguém te fará obstáculos, não censurarás ninguém, nem acusarás quem quer que seja, de modo algum agirás constrangido, ninguém te causará dano, não terás inimigos, pois não serás persuadido em relação a nada nocivo.” DINUCCI, Aldo; JULIEN, Alfredo. *Encheiridion de Epiteto: tradução do grego, introdução e comentário*. Coimbra: Annablume, 2014, p. 35-37.

materializa pelo exercício da virtude,⁶⁰⁷ de forma que a vontade é, essencialmente, virtuosa.⁶⁰⁸ A noção de livre-arbítrio foi também objeto do pensamento de Aristóteles. O filósofo grego inicia sua dissertação sobre o livre-arbítrio diferenciando o voluntarismo e o involuntarismo.⁶⁰⁹

344. A concepção de Aristóteles é fundada na versão indeterminista do livre-arbítrio.⁶¹⁰ Essa perspectiva influencia, de forma profunda, a reflexão aristotélica sobre escolha.⁶¹¹ Na

⁶⁰⁷ “What ensues is the conclusion that only a few virtuous men can achieve a position to imitate divine life, including freedom; few, because most men are unregenerate, and virtuous because the concord of reason and emotion requires tending to the intellect and refurbishing of the body and its traits.” VACANO, Diego von. “The Form of Freedom in Plato’s ‘Laws’”: An Interpretation. *Theoria*, v. 59, n. 132, p. 56, 2012.

⁶⁰⁸ “Ora a expressão “senhor de si” não é ridícula? Com efeito, quem é o senhor e si será também, sem dúvida, escravo de si, e o que é escravo, senhor, porquanto é à mesma pessoa que se faz referência em todos estes casos. [...] Mas esta expressão parece-me significar que na alma do homem há como que uma parte melhor e outra pior; quando a melhor por natureza domina a pior, chama-se a isso “ser senhor de si” – o que é um elogio, sem dúvida; porém, quando devido a uma má educação ou companhia, a parte melhor, sendo mais pequena, é dominada pela superabundância da pior, a tal expressão censura o facto como coisa vergonhosa, e chama ao homem que se encontra nessa situação escravo de si mesmo e libertino [...] Olha, então, para a nossa nova cidade, e descobrirás nela a presença de uma destas condições. Dirás que é com justiça que ela é proclamada senhora de si, se realmente se deve denominar temperante e senhor de si tudo aquilo cuja parte melhor governa a pior. Ora desejos, prazeres e penas, em grande número e de todas as espécies, seria coisa fácil de encontrar, sobretudo nas crianças, mulheres, criados e nos muitos homens de pouca monta a que chamam livres.” PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *A República*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 181-182.

⁶⁰⁹ “Consideram-se involuntárias as ações praticadas sob compulsão ou por ignorância; um ato é forçado quando sua origem é externa ao agente, sendo tal a sua natureza que o agente não contribui de forma alguma para o ato, mas, ao contrário, é influenciado por ele – por exemplo, quando uma pessoa é arrastada il alguma parte pelo vento, ou por outra pessoa que a cem em seu poder. [...] Sendo involuntária uma ação executada sob compulsão ou por ignorância, um ato voluntário é presumivelmente aquele cuja origem está no próprio agente, quando este conhece as circunstâncias particulares em que está agindo. É provável que não seja correto chamar de involuntários os atos praticados por causa da cólera ou do desejo; com efeito, em primeiro lugar este procedimento nos impediria de dizer que qualquer animal inferior, ou qualquer: criança, age voluntariamente. Então, nenhuma de nossas ações motivadas pelo desejo ou pela cólera é voluntária? Ou ações nobilitantes são voluntárias e as ignóbeis são involuntárias? Isto não é um absurdo, sendo a causa uma só? Seria certamente estranho qualificar de involuntários atos que visam a coisas que é justo desejar, pois devemos encolerizar-nos em certas circunstâncias e desejar certas coisas, como por exemplo a saúde e o saber. Mais ainda: pensa-se que o que é involuntário é penoso, mas se pensa que o que corresponde a um desejo é agradável. Além disto, qual é a diferença, quanto ao aspecto da involuntariedade, entre erros cometidos premeditadamente e os cometidos sob o domínio da cólera? Ambos devem ser evitados, mas as emoções irracionais não são consideradas menos humanas do que as racionais, e portanto as ações motivadas pela cólera ou pelo desejo são do homem. Seria estranho, então, classificá-las como involuntárias.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 2. ed. Tradução notas e comentários de Mário da Gama Kury. Brasília, DF: Ed. da UnB, 1985. p. 49 e 52.

⁶¹⁰ “Aristotle was not a determinist: he thought that some events happen by chance in a sense inconsistent with their being caused” HARDIE, W.F.R. Aristotle and the Freewill Problem. *Philosophy*, v. 43, n. 165, 1968. p. 274.

⁶¹¹ “A escolha, então, parece voluntária, mas não é a mesma coisa que o voluntário, pois o âmbito deste é mais amplo. De fato, tanto as crianças quanto os animais inferiores são capazes de ações voluntárias, mas não de escolha. Também definimos os atos repentinos como voluntários, mas não como o resultado de uma escolha. Aqueles que identificam a escolha com o desejo, ou a paixão, ou a aspiração, ou uma espécie de opinião, não parecem estar falando acertadamente, pois a escolha não é partilhada também pelos seres irracionais, mas a paixão e o desejo são. Ademais, as pessoas incontinentes agem movidas pelo desejo, mas não pela escolha; as dotadas de continência, ao contrário, agem por escolha, mas não por desejo; além disto, o desejo é contrário à escolha, mas o desejo não é contrário ao próprio desejo; mais ainda: o desejo se relaciona com o agradável e o penoso, mas a escolha não se relaciona nem com o penoso, nem com o agradável.” ARISTÓTELES, *op. cit.*, p. 52-53.

visão de Aristóteles, a escolha é eminentemente humana e racional;⁶¹² a deliberação, segundo o filósofo grego, leva em conta os fins da vida;⁶¹³ ou, em outras palavras, as vontades e anseios que o homem tem durante sua existência.⁶¹⁴

345. As visões platônica e aristotélica inspiraram a filosofia medieval cristã. Santo Agostinho, em *O Livre-Arbítrio*, se inspira na concepção de Platão para afirmar que o livre-arbítrio é um bem, advindo de Deus,⁶¹⁵ e que o ser humano é livre para fazer escolhas.⁶¹⁶

⁶¹² “Aristotle offers details that go beyond that analogy, and fall within a narrative whereby human beings act not only with reason but upon reasoning whose role is inherently practical.” PRICE, Anthony William. “Choice and Action in Aristotle”. *Phronesis*, v. 61, n. 4, p. 453, 2016.

⁶¹³ “The idea is this. A character, for Aristotle, issues planning actions that express an overall unity of ends in a life. Such planning is carried out by the faculty of practical reason in its capacity to deliberate and form reasoned choices.” SHERMAN, Nancy. “Character, Planning, and Choice in Aristotle”. *The Review of Metaphysics*, v. 39, n. 1, p. 84, 1985.

⁶¹⁴ “Parece então, como dissemos, que o homem é a origem de suas ações; a deliberação é acerca das coisas a serem feitas pelo próprio agente, e as ações são executadas com vistas a coisas diferentes delas. Efetivamente, a finalidade não pode ser objeto de deliberação, mas somente os meios; tampouco os fatos particulares podem ser seu objeto – por exemplo, se isto é pão ou foi cozido ao forno como devia, pois estas são matérias de percepção, e se não nos detivermos em certo ponto da deliberação iremos até o infinito. O objeto da deliberação e o objeto da escolha são uma só e a mesma coisa, com a ressalva de que o objeto da escolha já está determinado, uma vez que aquilo que foi decidido em decorrência da deliberação é o objeto da escolha. De fato, o homem pára de perguntar-se como deve agir logo que traz de volta a origem da ação a si mesmo e à parte dominante n de si mesmo, pois é esta parte dominante que escolhe. Isto pode ser ilustrado pelas antigas constituições que Homero mostra em seus poemas, pois os reis anunciavam ao povo as medidas por eles escolhidas. Então, como o objeto da escolha é algo ao nosso alcance, que desejamos após deliberar, a escolha será um desejo deliberado de coisas ao nosso alcance, pois quando, após a deliberação, chegamos a um juízo de valor, passamos a desejar de conformidade com nossa deliberação.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 2. ed. Tradução notas e comentários de Mário da Gama Kury. Brasília, DF: Ed. da UnB, 1985. p. 55-56.

⁶¹⁵ “Pois, se é verdade que o homem em si seja certo bem, e que não poderia agir bem, a não ser querendo, seria preciso que gozasse de vontade livre, sem a qual não poderia proceder dessa maneira. Com efeito, não é pelo fato de uma pessoa poder se servir da vontade também para pecar, que é preciso supor que Deus no-la tenha concedido nessa intenção. Há, pois, uma razão suficiente para ter sido dada, já que sem ela o homem não poderia viver retamente. Ora, que ela tenha sido concedida para esse fim pode-se compreender logo, pela única consideração que se alguém se servir dela para pecar, recairão sobre ele os castigos da parte de Deus. Ora, seria isso uma injustiça, se a vontade livre fosse dada não somente para se viver retamente, mas igualmente para se pecar. Na verdade, como poderia ser castigado, com justiça, aquele que se servisse de sua vontade para o fim mesmo para o qual ela lhe fora dada? Assim, quando Deus castiga o pecador, o que te parece que ele diz senão estas palavras: “Eu te castigo porque não usaste de tua vontade livre para aquilo a que eu a concedi a ti”? Isto é, para agires com retidão. Por outro lado, se o homem carecesse do livre-arbítrio da vontade, como poderia existir esse bem, que consiste em manifestar a justiça, condenando os pecados e premiando as boas ações? Visto que a conduta desse homem não seria pecado nem boa ação, caso não fosse voluntária. Igualmente o castigo, como a recompensa, seria injusto, se o homem não fosse dotado de vontade livre. Ora, era preciso que a justiça estivesse presente no castigo e na recompensa, porque aí está um dos bens cuja fonte é Deus. Conclusão, era necessário que Deus desse ao homem vontade livre” HIPONA, Aurélio Agostinho de. *O Livre-Arbítrio*. São Paulo: Paulus, 1995, p. 74-75.

⁶¹⁶ “So powerful does Augustine take reason to be that reason is always capable of controlling desire, and he does not even have Plato’s metaphorical setting of the Republic in outlining such a supposed supreme place for reason. Plato uses reason symbolically; Augustine uses it literally.” SONTAG, Frederick. “Augustine’s Metaphysics and Free Will”. *The Harvard Theological Review*, v. 60, n. 3, p. 299, 1967.

346. São Tomás de Aquino, por sua vez, adota posição mais conectada com a concepção aristotélica de livre-arbítrio.⁶¹⁷ Segundo São Tomás, apesar de o homem ter arbítrio, sua escolha é limitada às opções (ou causas) determinadas pela realidade (e por Deus).⁶¹⁸

347. O debate sobre a existência e natureza do livre-arbítrio também pairou sobre a filosofia iluminista. Dois dos principais expoentes do pensamento sobre livre-arbítrio foram Immanuel Kant e David Hume. Na visão do filósofo alemão, a razão é fundamento básico do livre-arbítrio,⁶¹⁹ de forma que toda escolha humana se justifica pela razão inerente da liberdade.⁶²⁰

⁶¹⁷ “Aquinas, based on Aristotle, makes God ultimately responsible for the application of any causal power to act. In line with Aristotle’s *Physics*, book VIII, God is seen as the first member of the chain of movers, himself being unmoved.” DVOŘÁK, Petr. “The Concurrentism of Thomas Aquinas: Divine Causation and Human Freedom”. *Philosophia*, v. 41, p. 619, 2013.

⁶¹⁸ “O homem é dotado de livre-arbítrio, do contrário os conselhos, as exortações, os preceitos, as proibições, as recompensas e os castigos seriam vãos. Para demonstrá-lo, deve-se considerar que certas coisas agem sem julgamento. Por exemplo, a pedra que se move para baixo, e igualmente todas as coisas que não têm o conhecimento. - Outras coisas agem com julgamento, mas esse não é livre: como os animais. Por exemplo, a ovelha, vendo o lobo, julga que é preciso fugir: é um julgamento natural, mas não livre, pois não julga por comparação, mas por instinto natural. O mesmo acontece com todos os julgamentos dos animais. - O homem, porém, age com julgamento, porque, por sua potência cognoscitiva julga que se deve fugir de alguma coisa ou procurá-la. Mas como esse julgamento não é o efeito de um instinto natural aplicado a uma ação particular, mas de uma certa comparação da razão, por isso, o homem age com julgamento livre, podendo se orientar para diversos objetos. Com efeito, a respeito do contingente, a razão pode seguir direções opostas, como vemos nos silogismos dialéticos e nos argumentos da retórica. Como as ações particulares são contingentes, o julgamento da razão sobre elas se refere a diversas e não é determinado a uma única. Por conseguinte, é necessário que o homem seja dotado de livre-arbítrio, pelo fato mesmo de ser racional [...]. A escolha é o ato próprio do livre-arbítrio. Somos livres, enquanto podemos aceitar uma coisa, rejeitada outra: o que é escolher. Deve-se, portanto, considerar a natureza do livre-arbítrio segundo a escolha. Ora, para a escolha concorrer algo da parte da potência cognoscitiva e algo da parte da potência apetitiva. Da parte da cognoscitiva requer-se o conselho pelo qual se julga o que deve ser preferido; da parte da apetitiva requer-se que, ao desejar, aceite o que o conselho julga. Por isso, Aristóteles, no livro VI da *Ética*, deixa em dúvida se a escolha pertence à potência apetitiva ou à cognoscitiva. Diz, com efeito, que a escolha é ‘ou um intelecto que deseja, ou um desejo que julga’ Mas, no livro III da *Ética*, inclina-se mais para o segundo sentido, quando denomina a escolha ‘um desejo que tem relação com o conselho’. A razão disso é que a escolha tem por objeto próprio o que conduz ao fim. Ora, o meio, enquanto tal, tem a razão do bem que se chama útil. Por conseguinte, sendo o bem, enquanto tal, objeto do apetite, segue-se que a escolha é sobretudo um ato da potência apetitiva. Assim o livre-arbítrio é uma potência apetitiva.” AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005. v. 2. p. 487 e 492.

⁶¹⁹ “Pour le philosophe, il revient sans doute à Kant d’avoir formuler le plus explicitement cette doctrine avec l’idée d’autonomie de la volonté, c’est-à-dire que les choses n’ont pas de valeur en elles-mêmes, qu’on ne peut pas définir un bien à partir des caractéristiques d’un objet, que le principe des valeurs se trouve dans la capacité de la volonté à être déterminée par l’universel. Une des conséquences de cette doctrine est qu’il n’y a pas de juste objectif, et que la justice est liée à la validité des consentements.” EWALD, François. *Le Point de Vue du Philosophe*. In.: DUPUY, René-Jean (ed.). *L’Avenir du Droit International dans un Monde Multiculturel*. A Haia : Martinus Nijhoff, 1984, p. 51.

⁶²⁰ “A razão é, pois, a condição permanente de todas as ações voluntárias pelas quais o homem se manifesta. Cada uma delas está determinada no carácter empírico do homem ainda antes de acontecer. Em relação ao carácter inteligível, de que aquele é apenas o esquema sensível, nenhum antes ou depois é válido e toda a ação, independentemente da relação de tempo em que juntamente com outros fenômenos se insere, é o efeito imediato do carácter inteligível da razão pura. Esta, por conseguinte, age livremente, sem que seja dinamicamente determinada, na cadeia das causas naturais, por princípios, externos ou internos, mas

348. Hume, por sua vez, formula uma concepção mais determinista de livre-arbítrio. Em “*A Treatise of Human Nature*”, o pensador inglês defende a ideia de que a liberdade está intrinsicamente conectada com uma noção de necessidade, de modo que a escolha do ser humano em agir de uma forma ou outra deriva das causas que determinam tal conduta.⁶²¹

349. Há, ainda, aqueles que simplesmente negam o livre-arbítrio. Baruch Espinosa, filósofo holandês do século XVII, afirma que toda ação se explica por um fenômeno da natureza,⁶²² e que, portanto, o livre-arbítrio é dependente da vontade de Deus.⁶²³

350. No plano jurídico, é possível afirmar que existe certo consenso de que o livre-arbítrio (e a autonomia da vontade, seu elemento jurídico) são inerentes à atividade humana, às normas de construção da sociedade e, portanto, à lei.⁶²⁴ Existe, contudo, um grande debate sobre a

precedentes no tempo; e esta sua liberdade não se pode considerar apenas negativamente, como independência perante as condições empíricas (de outro modo a faculdade da razão deixaria de ser uma causa dos fenômenos), mas I também, positivamente, como faculdade de iniciar, por si própria, uma série de acontecimentos, de tal sorte que nela própria nada começa, mas, enquanto condição incondicionada de toda a ação voluntária, não permite quaisquer condições antecedentes no tempo, muito embora o seu efeito comece na série dos fenômenos, mas sem poder aí constituir um início absolutamente primeiro.” KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 5ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 487-488.

⁶²¹ “We must now shew, that as the union betwixt motives and actions has the same constancy, as that in any natural operations, so its influence on the understanding is also the same, in determining us to infer the existence of one from that of another. If this shall appear, there is no known circumstance, that enters into the connexion and production of the actions of matter, that is not to be found in all the operations of the mind; and consequently we cannot, without a manifest absurdity, attribute necessity to the one, and refuse it to the other.” HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Clarendon Press, 1896, p. 404.

⁶²² “Spinoza argued for the following propositions: (1) For any human action or state of mind, a causal explanation could in principle be discovered of why exactly this action or state was performed or occurred. (2) The explanation usually mentions modifications of things in the subject's environment among the principal causes of the action or state of mind. The action or state of mind is usually, at least in part, the effect of an interaction with external things; and the relation between the external things and the effect is a law-like relation. I add the qualification 'usually', because there are occasions on which a person's activity of thought proceeds independently of external things, in accordance with the universal laws of purely rational thinking.” HAMPSHIRE, Stuart. “Spinoza's Theory of Human Freedom”. *The Monist*. v. 55, n. 4, p. 554, 1971.

⁶²³ “The will is only a certain mode of thought, like the intellect, and therefore no volition can exist or be determined to action unless it be determined by another cause, and this again by another, and so on ad infinitum. And if the will be supposed infinite, it must be determined to existence and action by God, not in so far as He is substance absolutely infinite, but in so far as He possesses an attribute which expresses the infinite and eternal essence of thought. In whatever way, therefore, the will be conceived, whether as finite or infinite, it requires a cause by which it may be determined to existence and action, and therefore (Def. 7) it cannot be called a free cause, but only necessary or compelled.” ESPINOSA, Baruch. *Ethics*. Nova York: Hafner Publishing Co., 1954, p. 67.

⁶²⁴ “De entre os princípios gerais, informadores e reguladores do direito das obrigações, e em última instância do direito civil, destaca-se pela sua amplitude e relevância supremas o da autonomia privada. Trata-se dum princípio de base muito dilatada que compreende, em suma, a liberdade de celebração de actos jurídicos, e ainda, a faculdade de manifestação de qualquer comportamento humano não jurídico. Enquanto veículo do livre desenvolvimento da personalidade humana, este princípio de raízes filosóficas estritamente individualista e voluntarista constitui uma das manifestações mais marcantes do pensamento liberal. O homem, com autêntico sujeito de direito, munido da liberdade de determinação autónoma dos seus interesses, assume-se enquanto ser racional como o centro da sociedade.” ALMEIDA, Antonio. *Clausulas Contratuais Gerais e o Postulado da Liberdade Contratual*. *Lusíada*: revista de ciência e cultura, Porto, n. 2, p. 283-311, 1998. p. 283.

origem axiológica da autonomia da vontade como norma jurídica, especialmente no campo do direito internacional privado.

351. Esse debate, paralelo às diferentes concepções deterministas e indeterministas do livre-arbítrio, contrapõe aqueles que afirmam que a autonomia da vontade é condição humana e que, portanto, precede a normativa estatal, e os que apenas admitem o valor normativo da autonomia da vontade por meio de sua positivação pela legislação estatal.⁶²⁵ Segundo Christian Kohler, é possível perceber duas correntes distintas: uma baseada na natureza pré-estatal do princípio da autonomia, e outra que o reconhece como função da norma estatal.⁶²⁶

352. Dois dos principais expoentes do direito internacional privado, Henri Batiffol e Jürgen Basedow, abordam essa distinção. Batiffol inspirou-se muito na lição de Jean-Paulin Niboyet,⁶²⁷ muito similar à linha articulada posteriormente por Kelsen.⁶²⁸ Batiffol afirma que a autonomia privada só produz efeitos quando gravada pelo direito positivo.⁶²⁹ Por outro lado, Jürgen Basedow defende que a autonomia privada deriva da conduta humana, sendo um fenômeno que produz efeitos por sua própria natureza.⁶³⁰ O autor alemão parece ter inspiração

⁶²⁵ Para um resumo das duas posições, cf. MILLS, Alex. “Conceptualising Party Autonomy in Private International Law”. *Révue Critique de Droit International Privé*, v. 2, n. 2, p. 417-426, 2019

⁶²⁶ “A cet égard, il suffit d’évoquer dans un premier temps l’opposition entre les deux courants principaux, dont l’un attribue à l’autonomie une origine pré ou paraétatique (tout en admettant sa régulation par le législateur), tandis que l’autre voit le fondement de l’autonomie dans le fait du législateur: c’est à la loi, non aux parties, de dire si leur contrat pourra être régi par le droit de l’état A plutôt que par celui de l’état B.” KOHLER, Christian. *L’Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: un Principe Universel entre Libéralisme et Étatisme. Recueil des Cours*, Leiden, n. 359, 2013. p. 61

⁶²⁷ “Nous concluons que, tant en droit interne qu’en droit international, l’autonomie de la volonté n’existe pas, mais qu’il y a simplement une liberté des conventions, toujours la même juridiquement dans toutes les circonstances où elle se manifeste.” NIBOYET, Jean-Paulin. *La Théorie de l’Autonomie de la Volonté. Recueil des Cours*, Leiden, n. 16, 1928. p. 57.

⁶²⁸ “Pode-se falar na autodeterminação dos indivíduos, no campo do direito, isto é, no campo do denominado direito privado, e justamente em relação a essa situação de fato, criadora do direito, está a autonomia, em sentido muito restrito e impróprio. Ninguém pode conceder direitos a si mesmo, pois o direito de cada indivíduo só existe sob o pressuposto do dever de outro e tal relação jurídica, de acordo com o ordenamento jurídico objetivo, só pode ter lugar pela manifestação do acordo de vontades de dois indivíduos. E assim mesmo, enquanto o contrato for firmado pelo direito objetivo, como situação de fato, produtora de direito; de modo que a determinação jurídica parte, em última análise, exatamente desse direito objetivo, e não dos sujeitos de direito inferiores a ele, já que em direito privado não existe autonomia total.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. Op. Cit.*, p. 81.

⁶²⁹ “Il n’est donc pas possible d’admettre que dans un contrat les parties règlent elles-mêmes des problèmes qui concernent par voie de conséquence les intérêts d’autres personnes, voire des intérêts sociaux. [...] Une telle solution dépend, non de la volonté des contractants, mais d’une loi que décide si une telle subrogation est avantageuse ou non pour l’ensemble des relations en cause.” BATIFFOL, Henri. *Le Pluralisme des Méthodes en Droit International Privé. Recueil des Cours*, Leiden, n. 139, 1973. p. 126-127.

⁶³⁰ “The conclusion is warranted that party autonomy as seen in international contract law rightfully claims a theoretical foundation. It is rooted in the pre-governmental right of individuals to subject themselves to a particular positive legal order through acts of private volition. his right is justifiable for cross-border matters which, as a consequence of their nature, have some connection to more than one legal regime. In such cases,

no pensamento de Erik Jayme, que defende a noção da autonomia da vontade como um princípio basilar do direito.⁶³¹

353. Há, porém, um caminho intermediário: é possível reconhecer a autonomia privada como fenômeno social e antropológico⁶³² e afirmar que a ampla autonomia leva a uma multiplicidade de interesses que pode causar risco à construção de uma sociedade harmoniosa, justificando, pois, a intervenção do Estado na sua regulação.⁶³³ Quem melhor articula essa visão é Jean-Luc Aubert, quando o mestre francês assevera que a autonomia da vontade é um poder inicial, que deve, contudo, respeitar as condições impostas pela sociedade.⁶³⁴

the positive law of individual legal systems does not yield the performance which is understandably sought, namely the creation of legal certainty. The claim to legal certainty can in fact be interpreted as arising from a number of human rights. In a multi-jurisdictional context, this objective can only be attained through a threshold stipulation – a self-fulfilling or dispositional agreement – entered into by the parties. To this extent party autonomy mirrors the pre-governmental character of individual freedom.” BASEDOW, Jürgen. *The Law of Open Societies Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws. Recueil des Cours*, Leiden, n. 360, 2015. p 205.

⁶³¹ “*Etant donné que l’autonomie de la volonté des parties est reconnue comme principe, je me permets de proposer l’exclusion du problème théorique si ce principe trouve sa base dans le pouvoir quasi-législatif des parties en matière de contrats ou s’il est justifié comme expression et confirmation des liens les plus étroits avec un système de droit, ou comme moyen de vaincre l’embarras du choix entre deux lois également rattachées au contrat international. C’est plutôt le rôle du principe de l’autonomie vis-à-vis des autres principes du droit international privé qui, à mon avis, mérite d’être examiné.*” JAYME, Erik. *L’Autonomie de la Volonté des Parties dans les Contrats Internationaux entre Personnes Privées. Annuaire du Institut de Droit International*, v. 64, n. 1, 1991. p. 14 e 15.

⁶³² Essa visão se espousa na noção dualista de autonomia privada esposada por Platão, Santo Agostinho e Kant. Neste sentido, cf. STENT, Gunther S. *Paradoxes of Free Will (Transactions of the American Philosophical Society)*. V. 92, N. 6, 2002, p. 137-173. Nesta mesma linha, cf. PRINZ, Wolfgang. “Free Will as a Social Institution”. In: POCKET, Susan (ed.) *Does Consciousness Cause Behavior?* Boston: MIT Press, 2006, p. 257-276.

⁶³³ É possível fazer um paralelo entre este conceito e função da autonomia na construção do Direito e aquele vislumbrado por John Rawls: “*The essential point here is that the principles that best conform to our nature as free and equal rational beings themselves establish our accountability. Otherwise autonomy is likely to lead to a mere collision of self-righteous wills, and objectivity to the adherence to a consistent yet idiosyncratic system.*” RAWLS, John. *A Theory of Justice. Op. Cit.*, p. 455. Esse raciocínio também está em linha com a noção de construção de uma ordem social a partir da apaziguação das autonomias privadas examinado por François Geny: “*Au fond, j’en demeure convaincu, l’opposition, en quelque mesure admissible, dressée ici contre les effets normaux de la liberté des conventions, s’explique par le sentiment du danger qu’il y aurait, du point de vue technique, à supprimer tout système de « catégories réelles », pour des droits, dont l’énergie requiert, à peine d’un désordre intolérable dans la société, la compensation d’une charpente fortement établie et reconnaissable pour tous. Car, en admettant que leur contenu fût suffisamment précisé par la volonté qui les établit, il resterait fort embarrassant de déterminer les modes d’acquisition, de transmission, ou d’extinction, non moins que les sanctions judiciaires, qui s’y devraient appliquer, faute d’une ‘catégorisation’, vraiment spécifique, que les organes d’interprétation n’ont pas qualité pour édifier. — Il paraît donc plus sage d’enfermer ici les créations de la volonté dans les catégories définies de la propriété ou des servitudes, toutes les fois, du moins, qu’elles se prêtent à les recevoir, et alors même que l’intention concrète des contractants pourrait n’y trouver qu’une satisfaction incomplète.*” GENY, François. *Science et Technique en Droit Privé Positif*. Tomo III. Paris: Sirey, 1921, p. 134-135.

⁶³⁴ “*La volonté individuelle reste ainsi le fondement de l’effet obligatoire du contrat en ce que c’est bien la volonté des contractants qui décide de la création des obligations correspondant à leurs besoins. Elle est, de ce point*

354. O exemplo do *Code Napoléon* ilustra essa realidade. O direito civil francês foi erguido a partir do exame crítico do direito francês pré-Revolução, feito, em especial, por dois grandes juristas: Jean Domat e Robert-Joseph Pothier.⁶³⁵ O primeiro, um ás romanista, foi nomeado por Louis XIV para elaborar um digesto de quatro volumes, intitulado *Lois Civiles dans Leur Ordre Naturel* – considerado o prefácio histórico do Código.⁶³⁶ O segundo foi nomeado juiz da Corte de Orléans em 1720, função pela qual passou a ter contato direto com a prática e os costumes do direito local inspirando seu *Coutume d’Orléans*, de 1740, e o *Traité des Obligations*, de 1761.⁶³⁷

355. Inspirados pelos princípios eminentemente liberais que culminaram no processo revolucionário francês,⁶³⁸ esses autores vislumbraram a existência do poder de autodeterminação e reconheceram seu efeito como manifestação da autonomia privada desde antes da sua positivação pelo *Code Civil*.⁶³⁹ É por isso que se diz que a dogmática da autonomia

de vue, un pouvoir initial : la volonté individuelle a l’initiative de la relation contractuelle. Mais cette volonté ne peut pas tout faire ni faire n’importe quoi : elle doit respecter les conditions auxquelles la loi subordonne son e/- cience juridique ; elle doit se conformer aux règles que la loi édicte pour la sauvegarde des intérêts de la société et de ses membres.” AUBERT, Jean-Luc. *Le contrat. Droit des obligations*. 3ª. Ed. Paris: Dalloz, 2005, p. 28

⁶³⁵ “L’école française s’est développée sous un troisième rapport plus élevé, plus philosophique, plus puissant pour l’association des éléments divers du droit et leur assimilation aux principes du droit romain, à son spiritualisme social : d’est dans l’école française la branche que nous appelons école rationnelle et d’association ; celle qui a pour chefs Domat, d’Aguessseau, Pothier.” LAFERRIERE, Firmin. *Histoire du Droit Français*. Tomo I. Paris : Joubert, 1838, p. 542-543.

⁶³⁶ “Il est incomparablement le plus grand jurisconsulte du dix-septième siècle; il a inspiré et presque formé d’Aguessseau; il a quelquefois prévenu Montesquieu, et frayé la route à cette réforme générale des lois entreprise et commencée par la révolution française et réalisée par l’empire. Les Lois civiles dans leur ordre naturel sont comme la préface du code Napoléon.” COUSIN, Victor. *Fragments Littéraire*. Paris: Didier, 1845, p. 220.

⁶³⁷ “He then at last determined to adopt the law as his profession, and his immense knowledge justified the local Ordinance by which, at the age of twenty-one, he was nominated to the same magisterial position that had been occupied by his father and grandfather, Conseiller au Presidial d’Orleans. His position determined finally not only his avocation, but his course of work. To the study of the theory and history of law he turned all his powers, while at the same time, in the chambers of Mr. Perche, the most learned and brilliant advocate in Orleans, he obtained a close knowledge of actual practice.” MACDONNEL, John; MANSON, Edward. *Great Jurists of the World*. Londres: John Murray, 1913, p. 449.

⁶³⁸ “Ainsi, l’Assemblée constituante a aboli les institutions qui blessaient la liberté et l’égalité des droits; elle a organisé la I tance, refait la législation et l’administration, constitué l’unité du pouvoir exécutif et la souveraineté du pouvoir législatif, institué le jury, la garde nationale, aboli la torture, réformé la jurisprudence criminelle, déclaré à l’Europe que la nation française renonçait à entreprendre aucune guerre dans un esprit de conquête, et n’emploierait jamais ses forces contre la liberté d’aucun peuple. Cette assemblée fut véritablement constituante, et représente tout à fait la philosophie de la révolution française.” LERMINIER, Eugène. *Philosophie du Droit*. 3ª ed. Paris : Guillaumin, 1853, p. 191.

⁶³⁹ Cf., e.g., o reconhecimento, por Pothier, do fato de a liberdade de contratar ser axioma fundamental do comércio: “Quoique toute léfion quellequ’elle foit, rende les contrats iniques y par conséquent vicieux , & que le for intérieur oblige à fuppléef le jufté prix ; néanmoins dans le for extérieur , les majeurs ne font point écoutez à fe plaindre de leurs conventions , pour caufe de léfion , à moins qu’elle ne foit énorme , ce qui a été fagement établi pour la sureté & la liberté du commerce, qui exige qu’on ne puille facilement revenir contre les conventions ; autrement nous n’oferions contracter, dans la crainte que celui avec qui nous aurions

privada nasce, essencialmente, de um fato social: a quebra do paradigma feudal característico do *Ancien Régime* e a nova perspectiva humanista pregada pelo iluminismo que permeou a Revolução Francesa, traduzindo-se tanto no campo político,⁶⁴⁰ quanto no direito francês.⁶⁴¹

356. Portanto, a nosso ver, há, sim, uma noção metafísica de autonomia, parte inerente à construção conceitual do ser humano concebida durante o período iluminista,⁶⁴² e que vige, *mutatis mutandis*, até hoje. Todavia, o efeito jurídico desta autonomia privada não é absoluto, de forma que o Estado, no seu papel moderador, tem, sim, o interesse e a jurisdição para não só reconhecer os seus efeitos jurídicos, mas, também, para limitá-los.⁶⁴³

357. Essa digressão faz sentido à luz da realidade contemporânea da autonomia da vontade no direito internacional privado dos contratos, onde a autonomia da vontade tem papel

contracté s'imaginant avoir été lésé, ne nous fit par la fuite un procès.” POTHIER, Robert Joseph. *Traité des Obligations Selon les Règles tant du For de la Conscience, que du For Extérieur*. Tomo. I, Orléans: Rouzeau-Montaut, 1794 p. 47. Na mesma linha, cf. a noção de liberdade como fundamento da teoria do *droit des hommes* de Domat: “*Car comme l’homme est libre, il y a engagemens, où il entre par sa volonté: & comme il est dependant de l’ordre divin, il y en a où Die le met sans son propre choix. Mais soit que les engagemens dependent de la volonté, ou qu’ils en foient independeas dans leur origine, c’est par sa liberté que l’homme agit dans les uns & dans les autres*”. DOMAT, Jean. *Les Loix Civiles dans Leur Ordre Naturel*. Tomo I. Paris: Coignard, 1689, p. 19.

⁶⁴⁰ “*Quand la Révolution fut terminée, ce qui se trouva changé en France, ce fut surtout le droit public et politique, dont nous n’avons pas a nous occuper. Dans le droit privé, le principaux progrès réalisés par le droit intermédiaire furent la protection de la liberté individuelle et le respect de la propriété individuelle mieux garanties l’une et l’autre que sous l’ancien régime.*” PLANIOL, Marcel. *Traité Elementaire de Droit Civil*. 3ème ed. Paris: Cottillon, 1904. p. 24.

⁶⁴¹ Segundo Jean-Luc Aubert e Éric Savaux, já no *droit intermédiaire* – período entre a queda do antigo regime e o domínio napoleônico – “*la liberté contractuelle est proclamée, comme celle du commerce*”; o Código Napoleão, posteriormente, positiva esses princípios num grande esforço de arranjos entre as divergentes correntes políticas e jurídicas da burguesia francesa: “*Conforme à l’esprit dans lequel avait été constituée la Commission chargée d’en préparer le projet, le Code de 1804 est dominé par un esprit transactionnel. Il opère souvent une double transaction: entre droit coutumier et droit écrit: entre Ancien droit et droit intermédiaire. Par comparaison avec ce dernier; le Code prend ainsi une allure souvent modérée. Cependant: par le principe de laïcité du droit qu’il met en oeuvre: par son goût de l’individualisme et sa fascination pour la propriété: il reste manifestement dans la ligne de la Révolution: celle qu’a su capter la bourgeoisie.*” AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric. *Introduction au Droit et Thèmes Fundamentaux du Droit Civil*. 14ª ed. Paris: Sirey, 2012, p. 249-250.

⁶⁴² “*Mais y a-t-il des actions volontaires? et la volonté de l’homme n’est-elle pas aussi fatalement entraînée par les désirs que l’âme éprouve, que le plateau d’une balance par les poids dont il se trouve surchargé? Si l’on ne s’adressait qu’au sentiment intime des hommes, tous se croient libres, et ceux qui nient cette liberté, au moment même où ils essayent de démontrer qu’elle n’existe pas, ne peuvent pas en dépouiller entièrement la croyance: autrement, pourquoi s’efforceraient-ils d’entasser des arguments pour faire adopter leur opinion aux autres hommes, si ceux-ci ne sont pas libres de la choisir?*” LAIGNEL, Ferdinand. *Essai sur la Théorie des Principes du Droit*. Paris: Joubert, 1844, p. 24.

⁶⁴³ “*La liberté des contrats, ou plutôt même des actes juridiques (souvent appelée chez nous: autonomie de la volonté), — que Stammler comprend dans les libres concours (freie Beiträge) opposés à la réglementation unitaire (Einheitswirtschaft), — apparaît, a priori, comme un des moyens du ‘droit juste’. Aussi offre-t elle le caractère d’une institution universelle, bien que, le plus souvent, consacrée, d’une façon implicite ou partielle, par les lois positives — Non moins universelle se présente la nécessité de fixer des limites à cette liberté, en vue d’assurer le règne du ‘droit juste’, au milieu du conflit des intérêts.*” GENY, François. *Science et Technique en Droit Privé Positif*. Tomo II. Paris: Sirey, 1915, p. 164-165.

fundamental na regulação do contrato comercial internacional.⁶⁴⁴ Segundo Horatia Muir Watt, a autonomia privada, em seu conceito clássico, permite com que as partes estipulem o regime jurídico completo aplicável à sua avença.⁶⁴⁵

358. Historicamente, a autonomia privada se inseriu no estudo do conflito de leis como uma fundamentação alternativa às regras clássicas de conflito.⁶⁴⁶ Um dos primeiros autores a postular a autonomia da vontade como norma de conflito foi Dumoulin.⁶⁴⁷ Em suas *Conclusiones de Statutis et Consuetudines Localibus*, Dumoulin já havia proposto a noção de escolha de lei.⁶⁴⁸ Na visão do clássico autor francês, as partes possuem um pacto pela aplicação de uma regra de conflito de leis para uma situação internacional.⁶⁴⁹

⁶⁴⁴ “Mais si le principe d'autonomie s'est affirmé en dépit de toutes les objections qui ont ou lui être faites, c'est parce qu'il a effectivement été perçu qu'entre le respect aveugle et parfois malhabile des lois des Etats et le contrat international, il fallait choisir le contrat international. Devrait-on vraiment, avec le recul que donnent les années, regretter une telle solution? Certainement pas.” JACQUET, Jean Michel. “Sociabilité et Droit du Commerce International.” In.: CHAZOURNES, Laurence Boisson de; e GOWLLAND-DEBBAS, Vera. (ed.) *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amircorum Georges Abi-Saab*. A Haia: Martinus Nijhoff, 2001, p. 254.

⁶⁴⁵ “Interestingly, a historical and comparative study of the concept of freedom of contract or enforceable promises in domestic law reveals that the idea of contract as ‘private legislation’, so elegantly codified as such in the Napoleonic Code [...], certainly originated as much as a means to justify binding the parties to their word – and no doubt in the French post-Revolutionary context, to keep the judge at bay – as to empower them to create their own brand of law.” MUIR WATT, Horatia. “Further Terrains for Subversive Comparison: The Field of Global Governance and the Public/Private Divide”. In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.) *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Elgar, 2012, p. 281.

⁶⁴⁶ “L'autonomie, en Droit international privé, consiste, nous l'avons vu, dans une faculté d'option entre les législations des divers Etats. Cela posé, deux hypothèses peuvent se présenter: les intéressés auront usé de cette faculté, ou ils n'en auront pas usé.” OLIVE, Louis. *Étude sur la Théorie de l'Autonomie en Droit International Privé*. Paris: Sirey, 1899, p. 52.

⁶⁴⁷ “Si Bartole représente le zénith de l'École italo-française, il n'est pas le plus jeune. Sa doctrine fut poursuivie par la seconde célébrité de l'époque des commentateurs du Droit romain, Baldus de Ubaldis, mort en 1400, et atteignit son dernier éclat dans les observations d'un Français, l'illustre Charles du Moulin (Carolus Molinaeus) qui tout en acceptant sa méthode et en la raffinant même, introduisit, sans cependant la poursuivre, le nouveau point de vue de l'autonomie de la volonté.” GUTZWILLER, Max. *Le Développement Historique du Droit International Privé*. Recueil des Cours, n. 29, 1929. p. 320-321. Batiffol aponta, contudo, que alguns autores italianos que antecederam Dumoulin já haviam formulado um papel para a doutrina da autonomia da vontade no regime conflitual da época: “Dumoulin, malgré sa réputation d'‘inventeur’ du principe de l'autonomie de la volonté, n'a fait en somme que mettre en relief une idée que les Italiens avaient déjà aperçue.” BATIFFOL, Henri. *Les Conflits de Lois en Matière des Contrats*. Paris: Sirey: 1938, p. 22.

⁶⁴⁸ “Le statut dispose-t-il de ce qui concerne le fond même de la cause et, à ce propos, de ce qui dépend de la volonté des parties, ou de ce qui peut être par elles modifié.” ANCEL, Bertrand. *Les Conclusions sur les Statuts et Coutumes Locaux de du Moulin, Traduites en Français*. *Review Critique de Droit International Privé*, v. 1, n. 1, 2011. p. 27.

⁶⁴⁹ “D'après ce qui a été dit plus haut, il y a là un pacte tacite ; le mari jouira de la dot pour le cas et dans la proportion fixés par la coutume de ce domicile qui était prévu, envisagé et ce pacte tacite, à défaut de convention expresse, soutiendra l'action ex stipulatu rei uxoriae et lui servira de base.” *Ibid.*, p. 31.

359. Contudo, sua adoção não foi imediatamente aceita. Savigny, por exemplo, parecia entender ser descabida a escolha da lei aplicável a um contrato internacional.⁶⁵⁰ Para o mestre alemão, ainda que as partes elejam um foro, a lei aplicável será sempre determinada de acordo com a regra de conflito daquela jurisdição.⁶⁵¹

360. A lógica de Savigny chega à mesma conclusão – ainda que por caminhos diferentes – que Story. O autor estadunidense já havia negado função à autonomia da vontade em prol das noções de soberania e *comitas*.⁶⁵²

361. Essa aversão do método conflitual clássico à autonomia da vontade inspirou a jurisprudência das cortes inglesas. Por exemplo, em *The Peninsular and Oriental Steam Navigation Co. v. Shand*, o *Privy Council* – à época, responsável por processar e julgar recursos

⁶⁵⁰ “Only in this respect is an important distinction to be observed, that, along with the special forum of the obligation, the general forum of the domicile also remains effectual, with a right of free election on the part of the plaintiff; whereas the local law to be administered cannot be subject to such election by one of the parties, but must be determined exclusively by the appointed place of fulfilment, failing which, by the place where the obligation arises, or by the domicile of the debtor, as the case may be.” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. Op. Cit., p. 223.

⁶⁵¹ Há uma aparente contradição na posição de Savigny sobre a autonomia da vontade vis-à-vis o sistema do método conflitual dos contratos por ele desenvolvido. Como já visto acima, o autor alemão defende que o uso da lei do local de performance da obrigação para sua regência. Ora, são os agentes contratantes, ao celebrar contratos internacionais, que decidem o local de performance da obrigação. Assim, no regime clássico de Savigny, eles decidem, pelo exercício da sua vontade, se submeter voluntariamente a lei. Alguns autores apontam nesse fato uma propensão de Savigny em aceitar a autonomia da vontade como conceito relevante do conflito de leis. Cf. e.g., NYGH, Peter. *Autonomy in International Contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999, p. 6-7, onde se lê: “Like Story, the party autonomy envisaged by Savigny was not directed at the choice of applicable law, but at fixing the place of performance which Savigny saw as the natural forum for the determination of disputes arising out of the contract.” Em sentido oposto, cf. TAKESHITA, Keisuke. Critical “Analysis of Party Autonomy: From a Theoretical Perspective”. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 58, p. 213, 2015, onde se lê: “In this way, the essence of his theory regarding the applicability of laws is the will of the people, and he therefore used voluntary submission as the grounds for explaining the applicability of a certain territorial law. However, this should never be understood as the principle of party autonomy as it is understood in modern private international law, because to do so clearly conflicts with Savigny's theory as a whole.”

⁶⁵² “The ground of this doctrine, as commonly stated, is, that every person, contracting in a place, is understood to submit himself to the law of the place, and silently to assent to its action upon his contract. *Quia censetur quis, semet contrahendo, legibus istius loci, ubi contrahit, etiam ratione solumnium subijcere voluisse. Ut quemadmodum loci consuetudo subintrat contractum, ejusque est declarativa, ita etiam loci statutum. It would be more correct to say that the law of the place of the contract acts upon it, independently of any volition of the parties, in virtue of the general sovereignty possessed by every nation to regulate all persons, property, and transactions within its own territory. And, in admitting the law of a foreign country to govern in regard to contracts made there, every nation merely recognises, from a principle of comity, the same right to exist in other nations, which it demands and exercises for itself.” STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions and Judgments*. Boston; Billiard, Gray and Co., 1834. p. 218.*

advindo das colônias britânicas – afastou a possibilidade de escolha da lei aplicável.⁶⁵³ Com o aumento da influência do comércio internacional na economia britânica, a autonomia da vontade se tornou elemento relevante para a determinação da lei aplicável.⁶⁵⁴ Um primeiro movimento veio em 1880, quando a *High Court* sugeriu que as partes poderiam escolher a lei aplicável a um contrato, desde que expressamente.⁶⁵⁵ A *House of Lords* consolidou esse entendimento em *Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery*.⁶⁵⁶

362. Essa perspectiva também influenciou as cortes estadunidenses. Em *Pritchard v. Norton*, a Suprema Corte decidiu, já em 1882, que as partes poderiam escolher o direito aplicável ao contrato internacional.⁶⁵⁷ Posteriormente, a mesma corte consolidou esse entendimento em *London Assurance v. Companhia de Moagens do Barreiro*. Esse caso envolveu uma apólice de seguro celebrada entre uma seguradora inglesa e uma companhia portuguesa, que estipulava regra de interpretação de acordo com os usos do Lloyd's – um

⁶⁵³ “The general rule is, that the law of the country where a contract is made governs as to the nature, the obligation, and the interpretation of it. The parties to a contract are either the subjects of the Power there ruling or as temporary residents owe it a temporary allegiance: in either case equally they must be understood to submit to the law there prevailing, and to agree to its actions upon their contract. It is, of course, immaterial that such agreement is not expressed in terms; it is equally an agreement in fact, presumed” *The Peninsular and Oriental Steam Navigation Co. v. Shand* (1865–6) LR 1 QB 115.

⁶⁵⁴ “The legal developments that gave rise to party autonomy in England are also at least arguably a reflection of legislative and judicial responsiveness to the needs of this increasingly globalised commercial practice. Party autonomy facilitated the management of litigation risks in cross-border commerce, which might otherwise establish a variety of territorial connections and thus potential forums.” MILLS, Alex. *Party Autonomy in Private International Law*. Londres: Cambridge University Press, 2018, p. 39.

⁶⁵⁵ “The parties may contract that the deed shall be construed in accordance with a law other than the *lex loci*, but such contract must be, and that is not the case here, so expressed.” *Chamberlain v. Napier* (1880) 15 Ch. D. 634.

⁶⁵⁶ “Where a contract is entered into between parties residing in different places, where different systems of law prevail, it is a question, as it appears to me, in each case, with reference to what law the parties contracted, and according to what law it was their intention that their rights, either under the whole or any part of the contract, should be determined. In considering what law is to govern, no doubt the *lex loci solutionis* is a matter of great importance. The *lex loci contractus* is also of importance. In the present case, the place of the contract was different from the place of its performance. It is not necessary to enter into the inquiry, which was a good deal discussed at the bar, to which of these considerations the greatest weight is to be attributed, namely, the place where the contract was made, or the place where it is to be performed. In my view they are both matters which must be taken into consideration, but neither of them is, of itself, conclusive, and still less is it conclusive, as it appears to me, as to the particular law which was intended to govern particular parts of the contract between the parties. In this case, as in all such cases, the whole of the contract must be looked at, and the rights under it must be regulated by the intention of the parties as appearing from the contract. It is perfectly competent to those who, under such circumstances as I have indicated, are entering into a contract, to indicate by the terms which they employ, which system of law they intend to be applied to the construction of the contract and to the determination of the rights arising out of it.” *Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery* (1894) AC 202. Neste sentido: “In England, *Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery* is the latest, and is likely to be a leading case”. SCHOFIELD, William. *Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery: A Study in the Conflict of Laws*. *Harvard Law Review*, V. 9, n. 6 (Jan. 1896), p. 373.

⁶⁵⁷ “The law we are in search of, which is to decide upon the nature, interpretation, and validity of the engagement in question, is that which the parties have, either expressly or presumptively, incorporated into their contract as constituting its obligation.” *Pritchard v. Norton*, 106 U.S. 124 (1882).

mercado de seguros criado dentro da cafeteria de Edward Lloyd nos anos 1650.⁶⁵⁸ Naquele caso, a Suprema Corte decidiu que a lei inglesa deveria reger o contrato, vez que escolhida pelas partes.⁶⁵⁹

363. Esse movimento, contudo, foi bastante criticado pela doutrina estadunidense, principalmente por Joseph Beale. O professor da Universidade de Harvard rejeitava a adoção da autonomia da vontade como regra de conflito, afirmando que autorizá-lo seria permitir que as partes legislassem em causa própria.⁶⁶⁰

364. Isso levou o autor do *First Restatement on the Conflict of Laws*, de 1934, a rejeitar a autonomia da vontade como regra conflitual.⁶⁶¹ O *Restatement* bebeu da água da teoria de *vested rights* pregada por Albert Dicey na Inglaterra⁶⁶² e da decisão da *United States Court of Appeals for the Second Circuit* em *E. Gerli & Co. v. Cunard*, de 1931, onde a corte (em acórdão de lavra de Learned Hand, famoso jurista norte-americano) afastou a possibilidade de escolha de lei em um contrato internacional.⁶⁶³ Por isso, o *First Restatement on the Conflict of Laws* foi

⁶⁵⁸ Cf. : <https://www.lloyds.com/about-lloyds/history>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁵⁹ “[W]e think the interpretation of the contract was intended by the parties to depend upon the principles of English law as they obtained and were recognized in England by the usages prevailing at Lloyds. This is what the parties expressly stipulated for, and it is no injustice to the company to decide its rights according to the principles of the law of the country which it has agreed to be bound by, so long as, in a case like this, the foreign law is not in any way contrary to the policy of our own.” *London Assurance v. Companhia de Moagens do Barreiro*, 167 U.S. 149 (1897).

⁶⁶⁰ “The fundamental objection to this in point of theory is that it involves permission to the parties to do a legislative act. It practically creates a legislative body from any two persons who choose to get together and contract.” BEALE, Joseph. *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law*. V. 2. Cambridge: Harvard University Press, 1935, p. 1.079-1.080.

⁶⁶¹ “And in the field of contracts, the most important of all branches of the Conflict of Laws from a business point of view, the continental law subscribes uniformly to the doctrine of autonomy, which enables the court, by invoking the expressed or implied intention of the parties, to reach results that are deemed just in the particular case. According to Professor Beale the law of the place where the contract is treated as technically made under the rules of his system has exclusive power to create the obligation.” LORENZEN, Ernest; HEILMAN, Raymond. “The Restatement of the Conflict of Laws”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 83, n. 5, p. 558, 1935.

⁶⁶² Beale, comentando o tratado de Dicey sobre conflito de leis, afirmou que: “The legal effect of a contract, and all matters pertaining to its performance or discharge, and to damages for its breach, should evidently be judged by the law of the country in which they are respectively to take place; that is, by the *lex loci solvendi*. If, for instance, protest of a bill is to be made in France, the law of that country alone can judge whether it has been duly made, for that law alone is present where it is made.” BEALE, Joseph. “Dicey’s ‘Conflict of Laws’”. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 3, p. 168-169, 1896.

⁶⁶³ “People cannot by agreement substitute the law of another place; they may of course incorporate any provisions they wish into their agreements – a statute like anything else – and when they do, courts will try to make sense out of the whole, so far as they can. But an agreement is not a contract, except as the law says it shall be, and to try to make it one is to pull on one’s bootstraps. Some law must impose the obligation, and the parties have nothing whatever to do with that.” *E. Gerli & Co v. Cunard SS Co.* 48 F.2d 115 (2d Cir. 1931)

um retumbante fracasso de crítica.⁶⁶⁴ Mesmo sendo, hoje, ainda considerado pelas cortes estadunidenses, na prática, os tribunais foram dando cada vez mais relevância à autonomia da vontade em seus precedentes.⁶⁶⁵

365. Processo semelhante ocorreu no plano continental europeu. Lá, a autonomia da vontade começa a adentrar a legislação de conflito de leis na Itália, com a adoção do artigo 9º do *Codice Civile* de 1865.⁶⁶⁶ Apesar de dar extensa importância à nacionalidade – seguindo a teoria propagada por Pasquale Stanislao Mancini em “*Della Nazionalità come Fondamento del Diritto delle Genti*”, de 1851⁶⁶⁷ – a regra autoriza não só que as partes que possuem uma mesma nacionalidade escolham sua própria lei, mas também que uma “*demonstração de vontade diversa*” das partes determine a lei material aplicável a um contrato.⁶⁶⁸

366. Entretanto, a adoção da autonomia da vontade pelo direito continental não era consenso. Na visão de algumas jurisdições, autorizar às partes optarem pela lei aplicável seria

⁶⁶⁴ “The academic criticisms continued after the Restatement’s promulgation in 1934 and have intensified ever since. Gradually, the Restatement became the favorite punching bag of virtually every conflicts teacher and writer. Indeed, the Restatement was an easy target, rife with many flaws.” SYMEONIDES, Symeon. *Choice of Law*. Nova York: Oxford University Press, 2016, p. 56.

⁶⁶⁵ “Nevertheless, a review of recent cases in traditionalist states provides reason for optimism. First, the trend toward abandonment of the First Restatement in favor of more modern choice-of-law systems continues. In the last ten years, nine states have deserted the First Restatement camp, and defections continue at roughly the same rate. Further, retentionist courts no longer insist on the metaphysics of vested rights, relying instead on the supposed functional virtues of the *lex loci* rules. More hopeful yet is the finding that practice even among traditionalist courts tends to deviate towards modern methods in several key areas. Thus, all contemporary *lex loci* courts routinely enforce choice-of-law clauses despite Beale’s disapproval; seven states have adopted the modern alternative-reference or validation approach in usury cases; only one court retains the *lex loci delicti* rule in workers’ compensation cases; and all but two use modern choice-of-law methods in U.C.C. cases.” RICHMAN, William; RILEY, David. “The First Restatement of Conflict of Laws on the Twenty-Fifth Anniversary of Its Successor: Contemporary Practice in Traditional Courts”. *Maryland Law Review*, v. 56, n. 4, p. 1196, 1997.

⁶⁶⁶ Art. 9. Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. È però in facoltà de disponenti o contraenti di seguire le forme della loro legge nazionale, purché questa sia comune a tutte le parti. La sostanza e gli effetti delle donazioni e delle disposizioni di ultima volontà si reputano regolati dalla legge nazionale dei disponenti. La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. È salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà.

⁶⁶⁷ MANCINI, Pasquale. *Della Nazionalità come Fondamento del Diritto delle Genti* Turim: Eredi Botta, 1851.

⁶⁶⁸ Tal regra – ao mesmo tempo, nacionalista e voluntarista – segue bem a linha positivista do direito internacional esposada por Mancini: “*Il Diritto non può mai essere un prodotto della nuda volontà umana: esso è sempre una necessità della morale natura, la potenza applicata di un principio dell’ordine morale che procede da una regione superiore a quella dove gli uomini vivono e vogliono. L’attività e la libertà dell’ uomo sono giuste e secondo il dritto, se alla legge di quella naturai necessità si conformano ; c se possono discostarsene, il prodotto della volontà può esser dunque errore o ingiustizia.*” MANCINI, Pasquale. *Diritto Internazionale: Prelezioni con un Saggio sul Machiavelli*. Napoli: Margheri, 1873, p. 25-26.

permitir que elas substituíssem a legislação estatal. Segundo Marcel Caleb, a confiança da comunidade internacional na vontade das partes não era (nem deveria ser) absoluta.⁶⁶⁹

367. Uma dicotomia semelhante se observou na América Latina. O Código Bustamante autorizava as partes a escolherem a lei aplicável, ainda que de forma limitada.⁶⁷⁰ Todavia, esta norma não teve muita influência em outros países da região, que preferiram, como regra, afastar a possibilidade de escolha da lei aplicável aos contratos internacionais.⁶⁷¹

368. Como boa parte das revoluções no campo do direito internacional privado, foi a jurisprudência que passou a reconhecer a autonomia da vontade das partes para escolha da lei aplicável aos contratos. No plano continental, o movimento iniciou-se pela França; no *Arrêt American Trading*, de 1910, a *Cour de Cassation* reconheceu a escolha das partes de governar seu contrato de transporte de mercadorias pela lei de Nova York.⁶⁷²

369. Embora mais lento, um processo similar ocorreu no Brasil. Historicamente, o país era uma jurisdição favorável à autonomia da vontade – o artigo 13 da Lei de Introdução ao Código

⁶⁶⁹ “L’analyse que nous préconisons présente le triple avantage de donner un fondement unique et solide à la notion d’autonomie en soi envisagée au point de vue philosophique, d’éviter une confusion entre cette conception a priori de l’autonomie et le principe juridique du même nom en expliquant ce dernier par l’aspect à la fois individuel, social et légal de la volonté de l’individu, enfin de rendre compte de la portée différente du principe suivant qu’il se développe dans la sphère du droit interne ou dans celle du droit international. Dans cette dernière hypothèse, la seule que nous envisagerons principalement dans la suite, le principe d’autonomie se meut dans un cadre très large, puisque la société dont il s’agit de garantir les intérêts est celle des nations, la communauté internationale. Nous devons nous demander à présent jusqu’où va cette présomption de confiance de la part de la communauté internationale dans l’autonomie des individus. Si, à raison de la confiance mise en leur sens d’appréciation, les individus sont libres de déterminer l’empire des souverainetés, le sont-ils sans restriction ? Certainement non ; au contraire, il est du devoir de la communauté internationale de fixer des limites à la volonté des individus.” CALEB, Marcel. *Essai sur le Principe de l’Autonomie de la Volonté en Droit International Privé*. Paris: Sirey, 1927, p. 58-59.

⁶⁷⁰ “O Código Bustamante, votado pela Sexta Conferência Internacional Americana de Havana, em 1928, está vigente entre quinze nações latino-americanas, sendo aplicado também em relação a Estados não-contratantes. O seu autor, o jurista cubano Antônio Sánchez de Bustamante y Sirvén, estava influenciado pela doutrina manciniana da Escola Italiana do século XIX. Reconhecendo a liberdade das partes, à qual ele chamava ‘autarquia personal’, admitiu a eleição da lei do contrato, embora a restringisse ao âmbito do direito dispositivo segundo os conceitos da *lex fori*.” SAMTLEBEN, Jürgen. “Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 79, p-271, 1984.

⁶⁷¹ Para um exame detalhado da posição contemporânea dos países latino-americanos sobre a autonomia da vontade, cf. ALBORNOZ, María Mercedes. *Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems*. *Journal of Private International Law*, v. 6, n. 1, p. 23-58, 2010.

⁶⁷² *Arrêt American Trading*. *Cour de Cassation*. *Chamber Civile*, decisão de 5 de dezembro de 1910, disponível em http://www.interjurisnet.eu/html/dip/civ1_05_12_1910.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023. onde se lê: “Attendu, d’autre part, que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée; que si, entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe celle à laquelle il faut s’attacher, ce n’est donc qu’autant que les contractants n’ont pas manifesté une volonté contraire ; que non seulement cette manifestation peut être expresse, mais qu’elle peut s’induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat.”

Civil de 1916 permitia, expressamente, a escolha de lei aplicável.⁶⁷³ Apesar de a mesma regra estipular diversas exceções,⁶⁷⁴ a doutrina afirma que “*a introdução ao Código Civil de 1916 permitia às partes escolherem a lei de regência das obrigações*”.⁶⁷⁵

370. Em 1942, com o advento da LINDB, esse arcabouço normativo mudou. Boa parte dos autores que examinaram, no passado, a questão da autonomia da vontade e o artigo 9º da LINDB afirmam que a regra barra seu uso.⁶⁷⁶ Esse contexto começa a mudar em 1996, com o advento da Lei de Arbitragem. Como já vimos acima, o artigo 2º, §§1º e 2º da lei preveem a possibilidade de as partes escolherem não só a lei doméstica aplicável à arbitragem, mas também autoriza as partes a convencionar o uso de princípios gerais de direito, usos e costumes.

371. A influência da Lei de Arbitragem levou a uma relevante moderação da regra de conflito via posição jurisprudencial. O *leading case* sobre o tema é o REsp 1.280.218/MG, com voto-vencedor de lavra do Min. Marco Aurélio Bellizze.⁶⁷⁷ Nesse caso, a Terceira Turma do STJ examinava a possibilidade de execução do contrato internacional de mútuo celebrado entre a *Mendes Junior International Company* – braço internacional da Construtora Mendes Júnior – e o Banco do Brasil S.A. – filial de Grand Cayman.

372. O contexto factual do caso é bastante complexo. A Mendes Júnior, através de uma de suas subsidiárias, prestou serviços ao governo do Iraque entre os anos 1970 e 1980. Contudo,

⁶⁷³ Art. 13. Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto á substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.

⁶⁷⁴ Art. 13, Parágrafo único. Mas sempre se regeirão pela lei brasileira: I. Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exeqüíveis no Brasil. II. As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro. III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil. IV. Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

⁶⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 184. Nesta mesma linha, cf., e.g., PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863. p. 112, onde se lê: “*Salvas as disposições substanciaes ou solemnidades internas exigidas por esses différentes estatutos, as leis de todos os paizes com razão deixão o mais á liberdade das pessoas, ellas podem pois accrescentar as disposições , cláusulas ou estipulações accessorias que quizerem. Certamente convém aos interesses, assim públicos como individuaes, que em tudo aquillo que não é essencial á ordem ou previsões sociaes, as partes possuão regular seus interesses como julgarem melhor. Este livre arbitrio assim sancionado é o que costuma denominar-se autonomia, palavra nesse sentido admittida pelo direito internacional.*”

⁶⁷⁶ Neste sentido, cf. o estudo histórico feito por António Marques dos Santos sobre a autonomia da vontade no Brasil, onde o autor elenca os defensores e detratores da autonomia da vontade na doutrina brasileira. SANTOS, António Marques dos. “Algumas Considerações sobre a Autonomia da Vontade No Direito Internacional privado em Portugal e no Brasil”. In: RAMOS, Rui Manuel Moura (org.). *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, V. I. Coimbra: Almedina, 2002, p. 81-151. Na mesma linha, cf. o amplo apanhado feito por Nadia de Araújo sobre a posição dos autores brasileiros antes e depois da reforma de 1942. ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 93-120.

⁶⁷⁷ STJ. REsp 1.280.218. Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 21/06/2016.

com a intervenção militar do Iraque no Irã, iniciada em setembro de 1980, o Iraque parou de efetuar pagamentos à Mendes Júnior, que suspendeu todos os serviços em 1987.

373. Os governos brasileiro e iraquiano passaram, então, a negociar a retomada das obras. Em paralelo, a Mendes Júnior, através de sua subsidiária internacional, celebrou, em 1989, um contrato de mútuo (intitulado *loan agreement*) com a filial de Grand Cayman do Banco do Brasil. Por meio desse contrato, o Banco do Brasil emprestaria USD 45 milhões à companhia, para restaurar sua liquidez, afetada pelo calote iraquiano. O contrato previa, ainda, que a lei de Nova York regeria todas as obrigações previstas no instrumento.

374. Em agosto de 1990, o Iraque iniciou uma guerra contra o Kuwait, que fez eclodir a Primeira Guerra do Golfo. O Conselho de Segurança da ONU então impôs embargo econômico ao Iraque.⁶⁷⁸ Como membro da ONU, o Brasil aderiu ao embargo através do Decreto 99.441/90.⁶⁷⁹ Por força desse decreto, a Mendes Júnior encerrou suas atividades naquele Estado.

375. Ato contínuo, a Mendes Júnior suspendeu os pagamentos previstos no *loan agreement*. O Banco do Brasil, então, ajuizou ação de execução de título extrajudicial contra a Mendes Júnior, buscando o pagamento do valor previsto no *loan agreement* e em notas promissórias emitidas como garantia do adimplemento.

376. Um dos argumentos levantados pela Mendes Júnior para se esquivar da execução foi que, aplicando a lei de Nova York – que governaria o contrato – o pleito executório movido pelo Banco do Brasil estaria prescrito. Em resposta, o Banco do Brasil argumentou que a prescrição, por ser matéria de ordem pública, não poderia ser regida pela lei estrangeira, na forma do artigo 17 da LINDB.

377. O voto vencedor do Min. Marco Aurélio Bellizze, ao examinar a questão da prescrição, inicia pelo tratamento dado pela lei brasileira à autonomia da vontade no campo dos contratos

⁶⁷⁸ Cf. UNITED NATIONS. Resolução n°. 661 adotada pelo Conselho de Segurança na sua reunião 2.933 em 6 ago. 1990. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/94221?ln=en>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁷⁹ Art. 1º Ficam as autoridades brasileiras obrigadas, no âmbito de suas respectivas atribuições, ao cumprimento do disposto na Resolução 661 (1990), adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, em 6 de agosto de 1990, apensa ao presente decreto.

comerciais internacionais. Reconhece o Ministro que, embora não absoluta, a autonomia da vontade é um dos mais importantes princípios do direito dos contratos internacionais.⁶⁸⁰

378. Quebrando com a tradição particularista adotada pela jurisprudência brasileira, o Min. Bellizze examina como o tema é tratado em outros sistemas jurídicos. Conclui o voto que boa parte dos ordenamentos jurídicos reconhece papel à autonomia da vontade nos contratos internacionais.⁶⁸¹

379. O Min. Bellizze analisa um potencial conflito com o limite de ordem pública imposto pelo artigo 17 da LINDB,⁶⁸² concluindo que a escolha de lei não viola a ordem pública. Segundo o Bellizze, o reconhecimento do poder das partes de determinarem a lei aplicável é elemento

⁶⁸⁰ “Também em âmbito de direito internacional privado, a autonomia da vontade, embora não seja absoluta, ganha força e atualmente vem se consolidando, de modo que se admite ‘quase unanimemente que os parceiros de um contrato internacional têm o direito de designar expressamente a lei que os rege’ (STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4a ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 126). É certo que, à época do julgamento da apelação a que se refere o presente recurso especial, a admissão da autonomia da vontade quanto à eleição de legislação se encontrava bem distante de um consenso. Ainda hoje há quem sustente que a LINDB, ao suprimir do texto legal a menção à autonomia da vontade – prevista historicamente no art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 – teria revogado sua admissão no direito pátrio.” STJ. REsp 1.280.218. Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 21/06/2016.

⁶⁸¹ “Contudo, no direito internacional privado, os usos e costumes, a autonomia da vontade e a força vinculante dos contratos, desde a *lex mercatoria*, tiveram papel central como principal fundamento de solução de conflitos das diferentes legislações envolvidas. Nessa ordem de ideias, novos tratados têm se preocupado em consolidar a aplicação do princípio da autonomia à escolha da legislação. A Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, válida no âmbito da Comunidade Europeia, por exemplo, estabelece em seu art. 3º: 1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes.’ Mais adiante se esclarece, quanto à prescrição, o art. 10 – âmbito de aplicação da lei no contrato: ‘a lei aplicável ao contrato por força dos artigos 3º a 6º e do artigo 12 da presente convenção, regula [...] a prescrição e a caducidade fundadas no decurso de um prazo’ [...] Além da referida Convenção de Roma, também a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável à Compra e Venda de Mercadoria, de 1986 (art. 7º) e Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável às Obrigações Contratuais, México, 1994 (art. 7º), preveem a adoção do princípio. Esta última, assinada pelo Brasil, estabelece expressamente: “o contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes”. STJ. REsp 1.280.218. Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 21/06/2016.

⁶⁸² “No direito interno, a autonomia da vontade quanto à livre escolha do direito de regência de obrigações contratuais também vem ganhando força desde a edição da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), e a possibilidade de livre escolha ou mesmo de combinação de leis vem sendo admitida com tranquilidade pela doutrina e jurisprudência nacionais. É verdade, porém, que essa liberdade contratual no direito internacional privado sofre limitações em diversos direitos nacionais, como é o caso do direito brasileiro. E, nesse diapasão, ganha razoável relevância a baliza eleita pelo legislador, nos termos do art. 17 da LINDB, quanto à imposição de respeito à ordem pública interna, em especial, quanto ao Estado no qual se levará a julgamento a execução do contrato, *in casu*, o Brasil.” STJ. REsp 1.280.218. Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 21/06/2016.

essencial da segurança jurídica⁶⁸³ – axioma fundamental da ordem pública brasileira.⁶⁸⁴ Ao fim e ao cabo, fixou-se o entendimento, posteriormente ementado no corpo do acórdão, que autoriza a escolha da lei aplicável aos contratos internacionais sujeitos ao foro brasileiro.⁶⁸⁵

380. A consolidação do processo de adoção da autonomia da vontade como regra de conflito do contrato internacional se deu pela via dos tratados. A Convenção de Roma, de 1980, consolidou o papel de protagonismo da autonomia da vontade no espaço europeu em seu artigo 3(1)⁶⁸⁶ – regra posteriormente mantida no artigo 3(1) do Regulamento Roma I.⁶⁸⁷

381. Regra similar foi adotada, também, na Convenção do México de 1994: seu artigo 7º reafirma o poder das partes de estabelecer as regras materiais aplicáveis aos contratos comerciais internacionais.⁶⁸⁸

⁶⁸³ Essa visão está alinhada àquela esposada pela doutrina internacionalista: “*A priori, la volonté individuelle permet d’assurer une grande sécurité juridique, c’est-à-dire d’une part una bonne prévisibilité, et d’autre part, de pra la réglementation applicable, une bonne protection des intérêts des personnes en siatuatio de faiblesse.*” GAUDEMET-TALLON, Hélène. *L’Autonomie de la Volonté : jusqu’ou ?* HEUZÉ, Vincent *et al.* *Mélanges en l’Honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, p. 261.

⁶⁸⁴ “*Apesar da dificuldade de se qualificar o conceito de ordem pública, não há dúvidas de que a segurança jurídica é valor extraído da própria Constituição Federal, e que a prescrição é corolário inegável deste valor, com reflexos significativos na pacificação de conflitos. Contudo, a utilização de direito alienígena, o qual, no caso concreto, disciplina a prescrição – apenas diferenciando-lhe o prazo –, não pode ser tido como um regramento violador da ordem pública nacional. Noutros termos, a norma eleita não afastou as consequências de estabilização de demandas pelo decurso do tempo, de modo que não incidu em violação do princípio da segurança jurídica. Logo, uma vez que se encontra preservado o instituto da prescrição, não há que se cogitar em ofensa à ordem pública interna. Ademais, também é valor tutelado pela ordem jurídica nacional, a proteção à boa fé e à autonomia da vontade, que impõe aos contratantes a atuação transparente e coerente ao longo da negociação e mesmo após a extinção dos contratos. Desse modo, tendo em vista que as partes livremente optaram pela formalização da transação por meio de um contrato internacional, acertando de comum acordo o afastamento da legislação brasileira e a eleição das leis do estado de Nova York para regerem o contrato, admitir-se, em execução, o argumento de inaplicabilidade da lei eleita configura manifesto venire contra factum proprium, com o qual a ordem pública não se compatibiliza.*” STJ. REsp 1.280.218. Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 21/06/2016.

⁶⁸⁵ “*Em contratos internacionais, é admitida a eleição de legislação aplicável, inclusive no que tange à regulação do prazo prescricional aplicável. Prescrição afastada, in casu, diante da aplicação do prazo previsto na lei contratualmente adotada (lei do Estado de Nova Iorque - Estados Unidos da América).*” STJ. REsp 1.280.218. Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 21/06/2016.

⁶⁸⁶ Art. 3(1) A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.

⁶⁸⁷ Art. 3(1) A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

⁶⁸⁸ Art. 7. O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.

382. O movimento de adoção da autonomia da vontade como regra de conflito no direito dos contratos internacionais não veio sem suas limitações. Historicamente, impunha-se como limite a possibilidade de escolha apenas de leis de países “civilizados”.⁶⁸⁹ Algot Baggé, repercutindo a visão da doutrina da época, afirmava que os autores autorizariam apenas a escolha da lei de Estados “civilizados”.⁶⁹⁰

383. O direito, naturalmente, evoluiu para um caminho bem menos xenófobo e colonialista. Como já visto, o principal limite à possibilidade de escolha de lei, hoje, tem a ver com a opção de as partes escolherem reger seu contrato por um instrumento de direito não-estatal: grande parte das regras de direito internacional privado (como o Regulamento Roma I,⁶⁹¹ por exemplo) não autorizam essa modalidade de escolha.

⁶⁸⁹ Henri Batiffol critica a visão, posta pela jurisprudência francesa, de se dar preferência à aplicação das leis de países ditos civilizados: “*En premier lieu, la présomption favorisera systématiquement l’application du droit des Etats industrialisés à l’encontre de ceux des pays en développement, ou même le droit des pays ayant une jurisprudence importante en raison du volume de leur économie, à l’encontre de ceux dont les solutions sont moins développées. [...] On conçoit qu’une telle conséquence soit difficilement acceptable pour les pays en voie de développement, ou ceux dont la jurisprudence est moins abondante, malgré leur développement industriel, en raison des dimensions de leur territoire ou des caractères de leur économie. Ce sentiment comporte une signification juridique. Si l’opération a vraiment des liens essentiels ou prépondérants avec le pays moins développé, il paraît injuste d’écarter sa loi à défaut de choix exprès.*” BATIFFOL, Henri. *La Loi Appropriée au Contrat*. In. : FOUCHARD, Philippe et al. *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, 1982, p. 7-8.

⁶⁹⁰ “*Nous avons indiqué précédemment que, même si l’on admet que les parties ne doivent pas jouir d’une pleine autonomie, il ne s’ensuit par nécessairement que l’on doive adopter les conclusions de M. Caleb. Les parties peuvent avoir le droit de choisir entre les lois des pays civilisés que contiennent des règles impératives en la matière. M. Caleb dit lui-même que ‘les tribunaux n’ont pas souvent l’occasion de résoudre des conflits de lois portant sur des vices du consentement, car les diverses législations internes sont organisées d’une façon approximativement semblable. Il semble donc que la protection que M. Caleb croit devoir assurer soit en général suffisante, quel que soit l’État civilisé dont la loi est appliquée.*” BAGGE, Algot. *Les Conflits de Lois em Matière de Contrats de Vente de Biens Mouvables Corporels*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 25, 1928. p. 165.

⁶⁹¹ “*However, during the negotiations, it was quite clear that even the Commission’s compromise proposal in respect of lex mercatoria was unacceptable to all Member States. The opponents’ main argument was that the internationally recognised principles of contract law lack a democratic basis since they have been drafted and agreed by working groups not established by legislators. However, in our view, the crucial factor in this respect should be that the decision of the EU to allow the use of internationally recognised principles of contract law be as democratic as any other decision of the EU. As the “democratic” principle of party autonomy is fundamental in European and international contract law, one cannot demand that the substantive rules of law to which the parties’ choice of law refer are “democratically based. Nevertheless, the outcome of the negotiations was that the Commission’s proposal was completely deleted. Consequently, it is quite clear that parties to European litigation cannot choose lex mercatoria in general or only the part of lex mercatoria consisting of internationally recognised principles and rules of contract law.*” LANDO, Ole; NIELSEN, Peter Arnt. “The Rome I Regulation”. *Common Market Law Review*, v. 45, n. 6, p. 1687, 2008.

384. O caminho, no entanto, parece apontar para um futuro diferente.⁶⁹² Os Princípios da Haia, por exemplo, autorizam as partes a escolherem regras de direito não-estatal como lei aplicável aos contratos internacionais.⁶⁹³

385. Essa realidade é percebida, também, no mundo da arbitragem internacional. Além da Lei de Arbitragem brasileira, que autoriza as partes a adotarem instrumentos de direito não-estatal como lei aplicável ao contrato, outras legislações internacionais também permitem essa escolha, como a lei alemã⁶⁹⁴ e a lei francesa,⁶⁹⁵ por exemplo. Ademais, os regulamentos das principais instituições arbitrais internacionais também admitem que as partes escolhamo direito não-estatal.⁶⁹⁶

⁶⁹² “Selon une vision progressiste du droit international privé, que nous défendons dans cet ouvrage, le choix de la loi régissant le contrat dépasse le cadre de la loi étatique. On parle alors de ‘droit’ ou ‘règles de droit’ applicables au contrat. Dans cette perspective, le choix des Principes d’UNIDROIT sera entièrement respecté par le juge. Un exemple de cette vision progressiste sont les Principes de la Haye, instrument de soft law récent sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux.” GAMA JR., Lauro. Les Principes d’UNIDROIT et la Loi Régissant les Contrats de Commerce. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 406, 2020. p. 67. Nesta mesma linha, cf. BOELE-WOELKI, Katharina. *Party Autonomy in Litigation and Arbitration in View of The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 379, 2016. p. 67, onde se lê: “Drafted as a soft-law instrument in a more distant future the Hague Principles might facilitate the adoption of a veritable international convention on this topic within the Hague Conference”.

⁶⁹³ Art. 3 The law chosen by the parties may be rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise. Os seus comentários oficiais ainda esclarecem que: “Another source of ‘rules of law’ that would satisfy this first criterion may come from non-binding instruments formulated by established international bodies. One example is UNIDROIT, an inter-governmental organisation responsible solely to its Member States, which operates on the basis of consensus. The UNIDROIT Principles are an example of ‘rules of law’ that are ‘generally accepted on an international level’.” Cf. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁹⁴ O artigo 1051(1) do *Zivilprozessordnung* (“ZPO”) alemão afirma que: “The arbitral tribunal is to decide on the dispute in accordance with the legislative provisions the parties have designated as being applicable to the substance of the legal dispute. Unless the parties expressly have agreed otherwise, the designation of the laws or the legal system of a given state is to be understood as directly referring to the rules of substantive law of that state, and not to its conflict of laws rules. (tradução livre disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁶⁹⁵ O artigo 1511 do Code de Procedure Civile afirma que “Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu’il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce.”

⁶⁹⁶ Veja-se, e.g., artigo 21(1) do Regulamento de Arbitragem da CCI: “The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute.”; artigo 22.3. do Regulamento de Arbitragem da London Court of International Arbitration (“LCIA”): “The Arbitral Tribunal shall decide the parties’ dispute in accordance with the law(s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits of their dispute. If and to the extent that the Arbitral Tribunal decides that the parties have made no such choice, the Arbitral Tribunal shall apply the law(s) or rules of law which it considers appropriate.”; artigo 21(1) do Regulamento de Arbitragem da Stockholm Chamber of Commerce (“SCC”): “The Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law(s) or rules of law agreed upon by the parties. In the absence of such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the law or rules of law that it considers most appropriate.”; Artigo 31.1. do Regulamento de Arbitragem da Singapore International Arbitration Centre

386. A análise feita até agora foca exclusivamente no aspecto conflitual da autonomia da vontade. Isso porque boa parte da doutrina examina o princípio com foco no seu valor como regra de conflito, sem escrutinar os efeitos de perspectiva material no plano internacional.⁶⁹⁷

387. A razão por trás disso parece ser a propensão da doutrina clássica em enxergar a função do direito internacional privado como mero regra estritamente conflitual. Sempre se disse que o direito internacional privado é o ramo do direito que estuda as situações de estraneidade,⁶⁹⁸ incluindo as regras de conflito de jurisdição, de lei e a cooperação jurídica internacional.⁶⁹⁹

388. Isso foi verdade por muitas décadas. Nos anos mais recentes, isso mudou radicalmente: as iniciativas de harmonização do direito material inseriram uma nova dimensão ao direito

(“SIAC”): “*The Tribunal shall apply the law or rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the Tribunal shall apply the law or rules of law which it determines to be appropriate.*”; artigo 36.1. do Regulamento de Arbitragem da Hong Kong International Arbitration Centre (“HKIAC”): “*The arbitral tribunal shall decide the substance of the dispute in accordance with the rules of law agreed upon by the parties. Any designation of the law or legal system of a given jurisdiction shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that jurisdiction and not to its conflict of laws rules. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.*”; artigo 49(2) do Regulamento de Arbitragem da China International Economic and Trade Arbitration Commission (“CIETAC”): “*Where the parties have agreed on the law applicable to the merits of their dispute, the parties’ agreement shall prevail. In the absence of such an agreement or where such agreement is in conflict with a mandatory provision of the law, the arbitral tribunal shall determine the law applicable to the merits of the dispute.*”; artigo 5.2. do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (“CAM-CCBC”): “*The parties may choose the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In case of silence or divergence, it shall be up to the arbitral tribunal to decide on the applicable law to the merits of the dispute.*”; artigo 34(1) do Regulamento de Arbitragem do International Centre for Dispute Resolution (“ICDR”): “*The arbitral tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law agreed by the parties as applicable to the dispute. Failing such an agreement by the parties, the tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate.*”; artigo 35(1) das UNCITRAL Arbitration Rules: “*The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate.*”

⁶⁹⁷ “*A la vérité l’incorporation matérielle mérite bien l’attention de l’internationaliste. Car tantôt elle est l’instrument de la doctrine antiautonome. Tantôt l’instrument de la solution de certaines difficultés particulières.*” JACQUET, Jean-Michel. *L’Incorporation de la loi dans le contrat. Droit international privé: Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, v. 12, 1996. p. 29.

⁶⁹⁸ “*Le droit international privé est la branche du droit privé dont l’objet est d’apporter un règlement approprié aux relations privées présentant un caractère international.*” ANCEL, Bertrand. *Droit International Privé*. In: ALLAND, Dennis; RIALS, Stéphanie (ed.). *Dictionnaire de la Culture Juridique*. Paris: Quadriga/Lamy-Puf, 2003. p. 491.

⁶⁹⁹ “*The English conflict of laws is a body of rules whose purpose is to assist an English court in deciding a case which contains a foreign element. It consists of three main topics, which concern respectively: (i) the jurisdiction of an English court, in the sense of its competence to hear and determine a case; (ii) the selection of appropriate rules of a system of law, English or foreign (the rules governing this selection are known as ‘choice of law’ rules); and (iii) the recognition and enforcement of judgments rendered by foreign courts or awards of foreign arbitrators.*” ROGERSON, Pippa. *Collier’s Conflict of Laws*. 4. ed. Londres: Cambridge University Press, 2016. p. 1.

internacional privado, dedicada ao exame do direito material, e não apenas conflitual, aplicável às relações privadas transfronteiriças.⁷⁰⁰

389. Jean Michel-Jacquet é um precursor dessa perspectiva, defendendo, há muito, uma ótica ambivalente sobre a autonomia da vontade.⁷⁰¹ Mais recentemente, Pascal de Vareilles-Sommières também visitou o tema, descrevendo duas funções para a autonomia da vontade: uma conflitual (relacionada à possibilidade de escolha de lei); e outra material (ligada ao poder de as partes construírem o conteúdo material do seu contrato).⁷⁰²

390. Essa ótica bifuncional do princípio da autonomia é relevantíssima para o programa dos contratos do comércio internacional. Essa perspectiva permite ao operador do direito reconhecer uma importante realidade contemporânea: que o contrato em si é, também, um vetor do comércio internacional.⁷⁰³

391. Esse fato é amplamente reconhecido nos instrumentos de direito estatal e não estatal hoje em vigor. Veja-se, como exemplo máximo, o artigo 6º da CISG: trata-se de uma regra de

⁷⁰⁰ “In this author's view, the paradigm shift relates not as much to the changes in the approaches applied over time in regulating international business – the focus of Randall and Norris' article – but, rather, to the change in the understanding of the relationship between international substantive law conventions, which (presumably) characterizes the third evolutionary period, and private international law, resort to which is (supposedly) the distinguishing feature of the first evolutionary period.” FERRARI, Franco. “A New Paradigm for International Uniform Substantive Law Conventions”. *Uniform Law Review*, v. 24, n. 3, p. 475, 2019.

⁷⁰¹ Cf. e.g., JACQUET, Jean-Michel. L’Incorporation de la loi dans le contrat. *Droit international privé: Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, v. 12, 1996; JACQUET, Jean-Michel. Le Principe d’Autonomie entre Consolidation et Évolution. In: Dalloz. (ed.) *Vers de Nouveaux Équilibres entre Ordres Juridiques : Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*. Paris : Dalloz, 2008, p. 727-745; JACQUET, Jean-Michel. La Théorie de la Autonomie de la Volonté. In : CORNELOUP, Sabine; JOUBERT, Natalie. *Le Règlement Communautaire « Rome I » et le Choix de Loi Dans les Contrats Internationaux*. Paris: Litec, 2011 ; e JACQUET, Jean-Michel. L’Autonomie de la Volonté et la Pensée Juridique Internationaliste. In.: ANCEL, Marie-Elodie et al. (org.). *Le Droit à l’Épreuve des Siècles et des Frontières : Mélanges en l’Honneur du Professeur Bertrand Ancel*. Paris/Madrid : LGDJ, 2018, p. 905-927.

⁷⁰² “Si l’on revient à la question initialement posée, qui visait à savoir de quelle autonomie disposent les parties à un contrat international, il est donc possible de répondre que les cocontractants disposent d’une double autonomie: - Une autonomie substantielle fixée par la *lex contractus* et que n’est en principe pas profondément différente de l’autonomie dont jouissent les cocontractants dans l’ordre interne ; - Une autonomie conflictuelle, offerte par la règle de conflit de lois en matière contractuelle, et en vertu de laquelle les parties on là faculté de déroger d’un commun accord au facteur de rattachement objectif retenu par elle. Cette autonomie est accordée comme un correctif au particularisme et à la variabilité de la solution des conflits de lois selon le juge saisi, et vise à permettre aux parties d’améliorer la prévisibilité du droit applicable à leur opération contractuelle.” VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal. Autonomie Substantielle et Autonomie Conflictuelle em Droit International Privé des Contrats. In: HEUZÉ, Vincent et al (org.). *Mélanges en l’Honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, p. 884.

⁷⁰³ “Les développements précédents montrent que la volonté des opérateurs du commerce international est un puissant vecteur du droit matériel international. Il convient ici de mieux cerner comment le principe de l’autonomie de la volonté est apte à réaliser cette contractualisation du droit ou encore cette incorporation du droit au contrat.” LOCQUIN, Éric. *Les Règles Matérielles Internationales. Recueil des Cours*, Leiden, n. 322, 2007. p. 106-107.

prevalência da autonomia, em ambas as suas facetas.⁷⁰⁴ Material, pois dá ampla liberdade às partes para estipularem o conteúdo de seu contrato – inclusive de forma diametralmente contrária às regras da Convenção; conflitual, pois autoriza as partes a excluïrem completamente a aplicação da CISG, submetendo-se, assim, ao sistema de conflito de leis do foro da disputa, que poderá reconhecer a lei escolhida pelas partes ou não.⁷⁰⁵

392. Regra similar consta dos Princípios do UNIDROIT. Além de reconhecer a ampla liberdade das partes de determinar o conteúdo do contrato no seu artigo 1.1.,⁷⁰⁶ os Princípios ainda permitem que as Partes excluam, total ou parcialmente, as próprias regras contidas nos Princípios, como afirma o seu artigo 1.5.⁷⁰⁷

393. Como visto, a autonomia da vontade no plano do direito dos contratos comerciais internacionais possui duas dimensões. A primeira delas, de natureza conflitual, se materializa pela autorização dada pelas normas de conflito para que as partes determinem, por sua própria vontade, a lei aplicável ao caso concreto.⁷⁰⁸ A segunda delas, de natureza material, se expressa pela liberdade dada às partes para determinarem o conteúdo substancial de sua avença.⁷⁰⁹

394. Essas duas dimensões dão à autonomia da vontade protagonismo na coordenação das fontes dos contratos do comércio internacional.⁷¹⁰ Tome-se o exemplo dos artigos 6, 7 e 9 da

⁷⁰⁴ “By stating that the CISG can be excluded, the drafters clearly acknowledged the dispositive nature of the CISG – emphasized also in case law – and the ‘central role which party autonomy plays in international commerce and, particularly, in international sales.’” FERRARI, Franco. “PIL AND CISG: Friends or Foes”. *Journal of Law and Commerce*. V. 31, p. 100-102, 2012-2013.

⁷⁰⁵ “En ce qui concerne l’usage de cette liberté contractuelle, il faut souligner que l’article 6 de la Convention envisage deux types de cas: ceux dans lesquels l’application de la Convention est exclue par l’usage du droit international privé, et ceux dans lesquels les parties excluent la Convention au niveau matériel” FERRARI, Franco. Exclusion et Inclusion de la CVIM. *International Business Law Journal*, v. 2001, n. 3-4, p. 402, 2001.

⁷⁰⁶ Art. 1.1. The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

⁷⁰⁷ Art. 1.5. The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.

⁷⁰⁸ “Il est parfaitement concevable de confier au principe d’autonomie la fonction d’un facteur de rattachement, ordinairement dévolue à un élément révélateur d’un lien, objectivement constatable, entre un rapport juridique et un certain ordre juridique, tel le lieu de conclusion d’un acte juridique, ou le lieu de situation d’un bien.” JACQUET, Jean-Michel. Le Principe d’Autonomie entre Consolidation et Évolution. *Op. Cit.*, p. 729.

⁷⁰⁹ “Mais les parties peuvent aussi recourir à la technique de l’incorporation matérielle ; en incorporant dans leur contrat les dispositions d’une loi différente de la lex contractus, elles écartent sur ce point les règles supplétives de la lex contractus. Ce faisant, elles n’excèdent pas les limites de la liberté contractuelle que cette dernière leur octroie.” JACQUET, Jean-Michel. La Théorie de la Autonomie de la Volonté. In : CORNELOUP, Sabine e JOUBERT, Natalie. *Le Règlement Communautaire « Rome I » et le Choix de Loi Dans les Contrats Internationaux*. Paris : Litec, 2011, p. 13

⁷¹⁰ “If ‘soft law’ is understood as generally referring to instruments of a normative nature with no legally binding force, and which are applied only through voluntary acceptance, it follows that in the field of contract law, party autonomy is the very reason d’être and limit of soft law.” BONELL, Michael Joachim. “Soft Law and Party Autonomy: the case of the UNIDROIT Principles”. *Loyola Law Review*, v. 51, n. 2, p. 229, 2005.

CISG. A Convenção não estabelece qualquer superioridade hierárquica entre essas fontes. Esses dispositivos estabelecem um sistema coordenativo,⁷¹¹ onde a autonomia da vontade assume função muito maior do que a lhe é usualmente atribuída.⁷¹²

395. Como força motriz, a autonomia da vontade dá às partes o poder de determinar a grau de integração das demais fontes.⁷¹³ Em outras palavras, a vontade das partes estabelece não só o conteúdo material do contrato, mas também integra (ou afasta) as demais fontes, como as práticas, usos e costumes,⁷¹⁴ as convenções,⁷¹⁵ e os instrumentos de direito não-estatal.⁷¹⁶

396. No direito internacional privado contemporâneo, as partes detêm o poder de determinar a lei aplicável e o conteúdo programático da avença. Elas podem modular todos os aspectos do contrato de modo a encontrar, através de seu acordo, o melhor encaixe normativo, afastando a aplicação de uma fonte do direito que não as agrada, por qualquer motivo.⁷¹⁷

397. Por isso é que se afirma, aqui, que o princípio da autonomia da vontade é elemento tão relevante na dinâmica hermenêutica dos contratos do comércio internacional. Ele autoriza as

⁷¹¹ Uma boa descrição desse método pode ser encontrada em WITZ, Claude. CVIM: Interpretation et Questions Non Couvertes. In: DROIT et pratique de la vente internationale, colloque de Liège, RDAI 2001. p. 253-276.

⁷¹² “Party autonomy and freedom of contract are essential features of the CISG. The Convention, throughout its text, provides for the primacy of party autonomy in respect of the content of the sales contracts. In other words, it ‘affirms and preserves the absolute’ freedom of the parties to determine the content of the contracts.” KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, María del Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods – A Commentary*. Munique: Hart, 2011, p. 99.

⁷¹³ “It has long been recognised that party autonomy, or the ability of the parties to choose the law applicable to their transactions, plays a central role in international sales law.’ Article 6 of the CISG gives recognition to the principle of party autonomy and guarantees the freedom of contract of the parties.” WETHMAR-LEMMER, Marlene. “Party Autonomy and International Sales Contracts”. *Journal of South African Law*, v. 2011, n. 3, p. 431, 2011.

⁷¹⁴ “Não se restringe à interpretação dos textos legislativos o papel hermenêutico do elemento consuetudinário no direieto. Em face do princípio da autonomia privada e do reconhecimento do poder negocial, também no âmbito dos negócios jurídicos pode haver remissões aos usos e costumes.” LUDWIG, Marcos. *Usos e Costumes no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 106.

⁷¹⁵ “[A] própria CISG admite em seu art. 6 a possibilidade de os contratantes optarem por outra lei que não a Convenção em casos em que fosse ela aplicável à hipótese concreta.” COELHO, Eleonora. “Escopo de Aplicação e Exclusões (Arts. 1-6 e 10)”. *Op. Cit.*, p. 54.

⁷¹⁶ “If the principles are to be invoked, a route to them has to be found in the text of the Vienna Convention. One way might be for the parties themselves to call the Unidroit Principles into play, either expressly or under the cover of a general formula, such as ‘general principles of law’ or ‘lex mercatoria’.” BRIDGE, Michael. “Uniform and Harmonized Sales Law: Choice of Law Issues”. In: FAWCETT, James et al. *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*. Nova York: Oxford University Press, 2005, p. 933.

⁷¹⁷ “The principle of the autonomy of the parties’ will may enable the avoidance of a conflict of laws.” IONASCO, Trajan. *The Limits of Party Autonomy – I*. In.: SCHMITTHOFF, Clive. *The Sources of the Law of International Trade with Special Reference to East-West Trade*. Londres: Stevens & Sons, 1964, p. 184.

partes a determinarem o conteúdo material de sua avença, bem como permite a determinação da lei aplicável ao contrato – e, portanto, a estipulação dos próprios limites à autonomia privada.

398. Essas duas dimensões encontram limitações. A autonomia da vontade, como qualquer princípio, não é absoluta. Ainda que esses limites estejam, em último grau, sob o controle das partes,⁷¹⁸ fato é que o regime aplicável aos contratos comerciais internacionais não adere à visão absolutista da autonomia da vontade.⁷¹⁹ E nem deve ser assim.

399. Primeiro, pois a escolha de lei não é, necessariamente, uma contratação simétrica, da perspectiva informacional.⁷²⁰ Muitas vezes a parte com maior poder de barganha impõe sua lei à outra. Esse fator é um problema grande tanto da perspectiva da segurança jurídica (afinal, a parte que adota a lei da outra acaba por aceitar ser regida por um ordenamento desconhecido e incerto), quanto econômica (como o aumento do custo de transação e a ocorrência de eventual risco moral).⁷²¹

⁷¹⁸ Sabine Corneloup, ilustrando o exemplo a partir da proposta de protocolo europeu para os contratos de compra e venda, afirma que “*Lorsque les parties choisissent de soumettre leur contrat au Droit commun européen de la vente, leur volonté active un ensemble de règles dont certaines sont supplétives alors que d’autres sont impératives. Ce faisant, la volonté écarte en même temps les règles supplétives et impératives d’origine nationale.*” CORNELOUP, Sabine. Entre Autonomie Conflictuelle et Autonomie Substantielle : Le Choix du Futur Droit Commun Européen de la Vente. In: KOHEN, Marcelo e BENTOLILA, Dolores. *Mélanges en l’Honneur du Professor Jean-Michel Jacquet : Le Droit des Rapports Internationaux Économiques et Privés*. Paris: Lexis Nexis, 2013, p. 378.

⁷¹⁹ “*En effet, si l’étendue exacte, dans un contrat donné, l’autonomie substantielle des parties est connaissable dès lors que la lex contractus est elle-même connue, et si, par l’insertion d’une clause de choix de la loi dans le contrat, les parties visent à fixer la lex contractus et corrélativement à prévoir l’étendue de leur autonomie substantielle – autrement dit, la mesure dans laquelle elles peuvent aménager d’un commun accord la substance de leurs droits et obligations –, cette fixation contractuelle de la lex contractus, que interfère directement avec la solution du conflit de lois, ne sera cependant pleinement efficace que dans la mesure où elle est elle-même opérée conformément à la réglementation applicable à l’autonomie conflictuelle des parties. Cette réglementation est fournie par le droit des conflits de lois, qui varie – sous réserve d’uniformisation supranationale –, selon le juge saisi. Une manière de la sécuriser dans un cas donné est de fixer le tribunal compétent à travers une clause attributive de juridiction, voire une clause compromissoire.*” VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal. Autonomie Substantielle et Autonomie Conflictuelle en Droit International Privé des Contrats. *Op. Cit.*, p. 884-885.

⁷²⁰ “*However, party autonomy normally implies that each individual looks after its own interests and seeks that information important for the decision. Thus, regularly the other party may be burdened by information and disclosure rules where the knowledge of the relevant facts – maybe even the knowledge of the relevancy of those facts – lies only or mainly with this party.*” COESTER-WALTJEN, Dagmar. “Constitutional Aspects of Party Autonomy and its Limits”. In: GRUNDMANN, Stefan *et al.* *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*. Berlin: De Gruyter, 2001, p. 44-45.

⁷²¹ “*Contemporary industrial Society, which is characterized to a great extent by extreme inequalities of bargaining power, has resulted in far-reaching legislation calling for greater governmental supervision and compulsory control of contracts.*” LAGERGREU, Gunnar. The Limits of Party Autonomy – II. In: SCHMITTHOFF, Clive. *The Sources of the Law of International Trade with Special Reference to East-West Trade*. Londres: Stevens & Sons, 1964, p. 203.

400. Segundo, as partes, ao exercerem sua autonomia da vontade, podem elas próprias gerar conflitos entre as fontes. Se as partes acordam, por exemplo, na celebração de uma determinada cláusula reconhecida como inválida pelo ordenamento jurídico por elas escolhido, cria-se, nesse caso, uma grave incoerência entre o exercício, pelas partes, das duas dimensões de sua autonomia: aquela que autoriza a determinação do conteúdo da avença (autonomia material) e a que permite a escolha da lei aplicável (autonomia conflitual).

3.2.2.4. A INTERNACIONALIDADE COMO PRINCÍPIO-GUIA DA HERMENÊUTICA CONTRATUAL INTERNACIONAL

401. Esse sistema de coordenação das fontes de direito aplicáveis aos contratos comerciais internacionais traz, consigo, uma grande problemática da teoria do direito dos contratos comerciais internacionais: a resolução de antinomias existentes entre as fontes do direito dos contratos comerciais internacionais.⁷²²

402. Em um sistema de coordenação de normas, é necessário que se estipulem princípios para que as resolver eventuais antinomias. Enquanto o direito doméstico possui, por um lado, regras e princípios claros de hermenêutica que facilitam a solução da problemática da antinomia,⁷²³ o direito internacional privado contemporâneo não dispõe de um método uniforme e positivado que auxilie o intérprete na interpretação e integração dos contratos do comércio internacional.

403. Quem melhor tratou do tema, da perspectiva do direito internacional privado, foi Dominique Bureau. Segundo o autor francês, as interações entre direito estatal e não-estatal

⁷²² “Les normes que le droit est amené à élaborer ne sont pas des assertions, dont on puisse dire qu’elles sont vraies ou fausses, mais des directives, des prescriptions concernant ce qu’il faut faire ou ne pas faire, ce qui est permis ou interdit, et où les définitions, les règles de compétence et de procédure sont subordonnées, en fin de compte, à ces normes juridiques. Il en résulte que les antinomies dans la mesure où elles concernent le droit, ne consistent pas dans la constatation d’une contradiction, résultat de l’affirmation simultanée de la vérité d’une proposition et de sa négation, mais dans l’existence d’une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet.” PERELMAN, Chaim. *Les Antinomies en Droit. Dialectica*. V. 18, n 1-4, 1964, p. 393.

⁷²³ “Tal fenômeno (antinomia) demanda uma solução a ser buscada no âmbito do próprio sistema normativo, tendo originado uma série de critérios destinados a resolver os quadros antinômicos: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*; lei posterior derroga lei anterior), segundo o qual a lei posterior revoga a anterior quando entre elas houver incompatibilidade; o critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*; lei superior derroga lei inferior), que preconiza que, havendo duas normas incompatíveis, deve prevalecer a hierarquicamente superior; e o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*, lei especial derroga lei geral)” FRIEDE, Reis. “Antinomias e Critérios Solucionadores”. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 89, n. 2, p. 159, 2017.

(doméstico ou internacional) são propensas às antinomias.⁷²⁴ Ainda segundo Bureau, os critérios formais clássicos da teoria geral do direito não são suficientes para resolver as antinomias oriundas da coordenação das várias fontes aplicáveis aos contratos do comércio internacional.⁷²⁵

404. O autor defende, então, o uso de critérios materiais na solução dessas antinomias, buscando, ao fim, escolher a regra mais apropriada para a manutenção da coerência do sistema – podendo levar, inclusive, à aplicação de uma regra de direito não-estatal, se assim for o caso.⁷²⁶ Bureau conclui, então, que a coexistência de diversas fontes requer um método de ordenação dessas normas, mesmo num universo onde inexitem critérios hermenêuticos claros, como no caso do direito doméstico.⁷²⁷

405. Os ensinamentos do jurista francês servem de guias importante na busca por um método hermenêutico para a integração e interpretação dos contratos do comércio internacional.

⁷²⁴ “De telles antinomies ne relèvent cependant pas à proprement parler de notre étude : il s’agit pour nous de rechercher, et éventuellement de résoudre, les antinomies intrinsèques, nées de l’opposition directe entre les règles portées par différentes sources de droit. Les antinomies intrinsèques sont en effet ‘intérieures aux objets dont il s’agit’. La simple confrontation des normes exprimées par telles ou telles source permet d’en déceler immédiatement l’opposition. Toute antinomie de ce type relève alors de notre champ d’observation. Dès lors l’opposition entre les solutions exprimées par des *leges mercatoriae* et des règles législatives paraît bien s’inscrire dans le cadre de la réflexion proposée en termes d’antinomies.” BUREAU, Dominique. *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*. Thèse soutenue à l’Université Paris II Paris 2, sous la direction de Yvon Loussouarn, 1992, p. 426-427.

⁷²⁵ “Envisagé sous l’angle de la cohérence du système juridique, la résolution des antinomies peut donc s’effectuer à partir de critères formels ou de critères matériels. [...] Les critères formels, présisément par qu’ils font abstraction du contenu des normes en présence, ne permettent pas de résoudre ces antinomies.” BUREAU, Dominique. *Op. Cit.*, p. 429-433

⁷²⁶ “Le rôle du juge, ainsi amené à se prononcer pour résoudre ces antinomies, est donc de première importance : c’est un rôle sélecteur, lui permettant de ‘choisir entre plusieurs règles de droit celle qui lui paraît la mieux appropriée’. Dès lors, ‘celle qui lui paraîtront de nature à mettre en péril la cohérence de l’ordre juridique étatique seront [...] déclarées inapplicables.’ Les nécessités exprimées par les besoins du commerce international pourront ainsi le conduire à préférer, en certaine hypothèses, telle règle matérielle, fût-elle portée par une source informelle du droit, spécialement adaptée.” BUREAU, Dominique. *Op. Cit.*, p. 439.

⁷²⁷ “L’admission d’une théorie pluraliste des sources du droit, fondée sur la coexistence au sein d’un système unique de sources formelles et informelles du droit ne conduit pas nécessairement au désordre. L’ordonnement juridique est en effet doté de techniques lui permettant de résoudre les éventuelles antinomies qu’il recèle parfois. Par ailleurs, les sources informelles ne jouissent pas, à titre de principe, d’une position hiérarchique inférieure à celle des sources formelles. C’est seulement en raison de la valeur particulière de certaines dispositions législatives, et non de l’ensemble d’entre elles, que ces dernières devront nécessairement se voir reconnaître primauté en toute hypothèse. Enfin, d’un point de vue pratique, le domaine même de ces éventuels antagonismes est sans doute davantage limité qu’on ne pourrait le craindre. Ni l’une ni l’autre de ces catégories de sources du droit n’ont vocation à l’hégémonie, et leurs rapports mutuels seront bien plus souvent à placer sous le signe de l’harmonie que sous celui du conflit.” BUREAU, Dominique. *Op. Cit.*, p. 473.

Com o fim de averiguação o melhor critério de solução de antinomias, importante lembrar algumas premissas relevantes, cujo exame é complementar às lições do mestre de Assas.

406. A primeira premissa é de que é do interesse da sociedade das nações fomentar o comércio internacional. O comércio internacional é atividade essencial para o desenvolvimento econômico e social; quanto maior o volume de comércio entre os diversos países, maior é o desenvolvimento socioeconômico do planeta.

407. Essa concepção traz consigo uma segunda premissa: aumentar o fluxo do comércio internacional significa inserir no plano das operações comerciais internacionais partes oriundas de países em desenvolvimento. Ampliar a demografia do comércio internacional é importantíssimo para o desenvolvimento.⁷²⁸

408. Torna-se imperativo, também, adotar uma terceira premissa: é positivo adotar uma metodologia hermenêutica que mitigue os efeitos da pluralidade de ordens jurídicas. Afinal, é ela que causa o *border effect* – um entrave para o fomento do comércio entre Estados.

409. Há, ainda, uma quarta premissa: o comércio internacional contemporâneo, baseado em contratos complexos, demanda um regime interpretativo que reconheça de antemão os riscos intrínsecos desses contratos.⁷²⁹ As avenças complexas dependem de interpretação *ex post* para proteger a sua eficiência e segurança jurídica⁷³⁰ e – interpretação esta que demanda do intérprete não apenas compreender a vontade das partes (que por vezes sequer existiu), mas sim construir o entendimento contextual do contrato com base na lei e nos fatos do caso.

⁷²⁸ “*International trade can play a critical role in accelerating economic growth, employment generation, poverty alleviation, and more inclusive future for all. Least developed countries (LDCs) can derive significant benefit from an open, fair, rule-based, predictable, and non-discriminatory trading system. Special and differential treatment and capacity building support are critical to the promotion of a fair-trading system.*” Cf. ONU. Issues Note for Theme 4: Enhancing international trade of LDCs and regional integration. 5th United Nations Conference on the Least Developed Countries. Disponível em: <https://www.un.org/ldc5/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷²⁹ “*The presence of incomplete contracts creates hold-up problems, which in turn give rise to suboptimal relationship-specific investments by the parties involved in an international transaction.*” ANTRÀS, Pol. “*Incomplete Contracts and the Product Cycle*”. *The American Economic Review*, v. 95, n. 4, p. 1056, 2005.

⁷³⁰ “*The court fills in the details of these rules ex post, when called upon to adjudicate particular cases. This saves the parties themselves the effort of trying to capture, ex ante, all the rules by which they intend to be bound.*” RILEY, Christopher. “*Implicit Dimensions of Contract and Oppression of Shareholders*”. In: CAMPBELL, David *et al.* *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart, 2003. p. 382.

410. A quinta premissa é a de que a metodologia deve reconhecer a realidade de que as partes que operam nesse novo comércio internacional não se preocupam, necessariamente, com as particularidades do sistema jurídico doméstico quando celebram seus contratos; sua preocupação maior é com os efeitos do contrato nas suas operações comerciais.⁷³¹

411. Tomando as lições de Bureau e essas premissas como base da construção da metodologia hermenêutica dos contratos comerciais internacionais, tem-se que, ao fim, o melhor critério de resolução de antinomias deve: (i) promover o fomento o comércio internacional (especialmente envolvendo países em desenvolvimento); e (ii) buscar mitigar os efeitos da pluralidade de ordens jurídicas – principal causa do *border effect*.⁷³²

412. Por isso que se propõe, aqui, que o principal axioma da hermenêutica dos contratos comerciais internacionais deve ser o reconhecimento, pelo operador do direito, da internacionalidade da avença. Isso significa dizer que, ao interpretar e integrar um contrato comercial internacional, o intérprete não deve se sentir necessariamente algemado às eventuais amarras impostas pelo direito doméstico eventualmente aplicável ao contrato.

413. Pelo contrário – ele deve vasculhar as diversas fontes dos contratos comerciais internacionais para verificar em que medida um determinado instituto legal ou instrumento interpretativo ou integrativo como amplamente é reconhecido internacionalmente ou não. Em outras palavras, ao exercer a atividade interpretativa, deve o operador do direito buscar preservar a internacionalidade do contrato – mesmo que isso signifique afastar eventuais idiosincrasias do direito doméstico. Agindo dessa forma, o intérprete, ao mesmo tempo, reduz os efeitos da pluralidade de ordens jurídicas e atinge as expectativas das partes com relação à proteção da eficiência e da segurança jurídica de suas operações transnacionais.

⁷³¹ “The importance of contract enforcement and relationship specific investments in international trade has been well developed” NUNN, Nathan. “Relationship-Specificity, Incomplete Contracts, and the Pattern of Trade”. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 122, n. 2, p. 571, 2007.

⁷³² “The fact that the problem which is subject of the present report is raised at all indicates that the application of a particular law to international commercial operations is, to some extent, regarded as an obstacle to the development of international trade, an obstacle which, consequently, one should strive to overcome as far as possible.” KOPELMANAS, Lazare. International Conventions and Standard Contracts as a Means of Escaping from the Application of Municipal Law – II. In.: SCHMITTHOFF, Clive. *The Sources of the Law of International Trade with Special Reference to East-West Trade*. Londres: Stevens & Sons, 1964, p. 118.

414. Esse conceito não é necessariamente uma novidade.⁷³³ No direito uniforme, por exemplo, o critério de internacionalidade foi adotado pela CISG. Como já vimos, o artigo 7(1) da Convenção assevera que um dos preceitos interpretativos das regras previstas na CISG é, justamente, a preservação da internacionalidade.⁷³⁴ Em sua fase embrionária, o dispositivo foi objeto de ampla discussão, levando os delegados a concluir que o melhor caminho para garantir algum sucesso da Convenção seria desconectá-la dos preceitos hermenêuticos do direito doméstico.⁷³⁵

415. O dispositivo não serve só como norte interpretativo genérico; ele é fundamento da própria metodologia normativa da Convenção. Segundo John Honnold, o critério de internacionalidade é fundamento essencial da filosofia da CISG, e devem ser observados ainda que, de certa forma, seja contraintuitivo com a metodologia de ensino do direito doméstico.⁷³⁶

416. Esse dispositivo demanda do operador do direito que se desconecte dos paradigmas do direito doméstico na interpretação das normas da Convenção. Segundo John Felemegas, sua

⁷³³ “Over the decades that governments and their organization had devoted to the development of transnational commercial law instruments, we had become accustomed to one feature which all those texts, the successful and the less successful, had in common: the requirement of internationality of a transaction for it to become subject of the relevant convention, model law, etc.” KRONKE, Herbert. “Connecting Factors and Internationality in Conflict of Laws and Transnational Commercial Law”. In.: BOELE-WOELKI, Katharina et al. (ed.). *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr*. A Haia: Eleven, 2010, p. 67.

⁷³⁴ “It is expressly stated in the documents relating to the legislative history of the Convention that it is important to avoid an interpretation of the Convention that is influenced by the concepts used in the legal system of the forum country.” KOMAROV, Alexander. Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria In Interpretation of CISG: Some Remarks on Article 7(1). *Journal of Law and Commerce*, V. 25 (2005), p. 77.

⁷³⁵ “During the discussion of Article 7 at the Vienna Conference, such remarks increased the opposition and resistance of those delegations which considered the interpretation and extension of CISG by reference to domestic rules to be a less serious alternative and, therefore, wanted to provide for recourse to domestic law in all cases of doubt, whether it be the law of the seller's place of business or the law applicable by virtue of the rules of private international law. The great majority of the delegates, on the other hand, perceived the possibility of recourse to domestic law in such cases as undesirable.” SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Viena: Manz, 1986, p. 36-37.

⁷³⁶ “The careful international draftsman tries to avoid abstract, disembodied concepts. For example, in the 1980 Sales Convention risk of loss passes to the buyer ‘when the goods are handed over to the first carrier’ or (if the contract does not involve carriage) when the buyer ‘takes over the goods’ (Arts. 67(1), 69(1)) more stable materials than ideas such as “property” or “title.” The ideal is to use plain language that refers to things and events for which there are words of common content in the various languages. But this ideal is difficult to realize, and the principles of interpretation in Article 7(1) run counter to reflexes that have been deeply implanted by our education and professional life the reading of a legal text in the light of the concepts of our domestic legal system, an approach that would violate the requirement that the Convention be interpreted with regard ‘to its international character.’” HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Op. Cit., p. 88.

aplicação pelo intérprete é essencial para o sucesso da CISG.⁷³⁷ Essa regra apresenta uma abordagem mais liberal – e, portanto, mais flexível – para a interpretação das normas legais aplicáveis aos contratos comerciais internacionais.⁷³⁸

417. A flexibilidade trazida pelo critério da internacionalidade é essencial para o direito do comércio internacional. Ela permite que o intérprete examine todo o conjunto normativo aplicável a uma determinada avença internacional e determine onde se encontra o melhor caminho para preservar a internacionalidade da avença. Por isso, alguns autores propõem sua adoção como axioma basilar da hermenêutica dos contratos do comércio internacional.⁷³⁹

⁷³⁷ “Arguably it is essential for the long-term success of the CISG that the rules and techniques traditionally followed in interpreting ordinary domestic legislation are avoided. The CISG is uniform law intended to cover the field of international contracts of sale and, in doing so, to replace all national statutes and case law previously governing matters within that field. The autonomy of this international sales law depends not only on the drafting of the respective rules into a separate body of rules, but also on the emancipation of this body of rules from other branches of the law in the international and domestic legal systems. Even though the CISG is incorporated into municipal law, international sales law should not be regarded as a part of various national legal systems because this would inhibit its development as an autonomous branch of law and distort its interpretation and application. Instead, it is suggested that international sales law rules should be seen as part of international law in the broad sense and should be entitled to an international, rather than national, interpretation.” FELEMEGAS, John. *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2006, p. 10.

⁷³⁸ “On matters of interpretation, the Convention sets forth directives rather than mandatory rules. A traditional common law approach to statutory interpretation would have been inapposite. It is geared to the concept of written law as an exception to the common law: statutes must be interpreted narrowly. An international instrument requires a more liberal approach.” AUDIT, Bernard. “The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria”. In: CARBONNEAU, Thomas (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration*. Boston: Juris Publishing, 1990, p. 186. Nesse mesmo sentido, cf.: FELEMEGAS, John. *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Op. Cit., p. 11, onde se lê: “It is submitted that Article 7 represents an implied provision in the Convention for the undertaking of such a liberal approach to the interpretation of the body of law in question. It must be acknowledged, however, that the danger with adopting a broad view of the CISG is that it might open the way to diverse national interpretations, if ‘broad’ and ‘liberal’ were equated with notions of theoretical diversity and practical relaxation of the rules of the CISG’s interpretation. This realization reveals the possible existence of a paradox; that internationalism might be better served by a narrow interpretation. This is merely an aberration, or rather an illusion, since the nature of the CISG and the intentions of its drafters point unequivocally to its broad and liberal interpretation. If its interpreters realize the true spirit of the CISG and enforce it in practice, then a liberal approach, far from diversifying the results, will achieve uniform results. This is so because the broad and liberal approach, in this case, does not mean the endorsement of many different national views, but the adoption of a single, uniform, a-national approach. Such an approach is broad and liberal by definition, since it operates outside and above the restrictions, limitations and narrowness of established national approaches to interpretation. The broad global scope of the CISG requires that its interpretation be of a similar nature. For the “legal barriers in international trade” to be successfully removed, a broad and liberal approach to the interpretation of the CISG is required. Only such an approach can successfully “take into account the different social, economic and legal systems” that the CISG is aiming to unite, at least in the field of sale of goods. The proper interpretation of the CISG must be broad and liberal, but not lax or abstract.”

⁷³⁹ “Article 7(1), as stated above, invites courts to take a much more liberal and flexible attitude when interpreting the CISG. In particular, courts ought to ‘look, whenever appropriate, to the underlying purposes and policies

418. O critério da internacionalidade foi adotado também por outros instrumentos de direito estatal internacional, como o artigo 3º das Regras de Hamburgo,⁷⁴⁰ o artigo 2º das Regras de Rotterdam,⁷⁴¹ o artigo 5(1) da Convenção de Cape Town,⁷⁴² o artigo 6(1) da Convenção de Ottawa sobre *Leasing*,⁷⁴³ e os artigos 4(1) da Convenção de Ottawa sobre *Factoring*,⁷⁴⁴ por exemplo. Igualmente, a regra da internacionalidade também foi adotada pelos instrumentos de direito não estatal, como o artigo 1.6(1) dos Princípios do UNIDROIT, por exemplo.

419. A doutrina também já vislumbra, há muito, a utilização do critério de internacionalidade como elemento central da interpretação e integração dos contratos do comércio internacional. Charles Dumoulin já afirmava, no século XVI, que o direito internacional privado deveria privilegiar as regras comuns dos diferentes Estados, de forma a proteger as intenções e expectativas das partes.⁷⁴⁵

420. Na doutrina moderna, Ernst Rabel foi um dos primeiros a perceber que as partes, na prática da contratação internacional, simplesmente ignoravam as idiossincrasias do direito

of individual provisions as well as the Convention as a whole. 'Considering such a mandate, it can be argued that article 7(1) is also implicitly used in interpreting individual provisions.' ZELLER, Bruno. Four-Corners – The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/four-corners-methodology-interpretation-and-application-un-convention#chp3>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁴⁰ Art. 3º. In the interpretation and application of the provisions of this Convention regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity.

⁷⁴¹ Art. 2º. In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

⁷⁴² Art. 5(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its purposes as set forth in the preamble, to its international character and to the need to promote uniformity and predictability in its application.

⁷⁴³ Art. 6(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its object and purpose as set forth in the preamble, to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

⁷⁴⁴ Art. 4(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its object and purpose as set forth in the preamble, to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

⁷⁴⁵ "Force est de remarquer que les docteurs comprennent très mal la loi si fundus, de evictionibus. Ils pensent grossièrement et indistinctement qu'il faut ici considérer le lieu et la coutume où le contrat fut fait et ainsi le droit du lieu du contrat. Cela est faux ; au contraire, la vérité est que le droit est, tacitement, dans l'esprit des contractants. Supposons qu'un habitant de Tübingen, au cours d'un voyage en Italie, vienne à vendre dans une ville de ce pays, sa maison de Tübingen ou d'Augst, sera-t-il soumis au statut local et ainsi, par exemple, tenu de promettre en cas d'éviction le double du prix avec la garantie de deux fidéjusseurs ? Tous donnent une réponse affirmative. Eh bien, ils se trompent ! Ils ne comprennent pas la pratique et ne saisissent pas l'esprit de ladite loi qui est toute pratique. C'est pourquoi il faut dire le contraire : parce que le vendeur étranger n'est pas soumis au statut italien, lequel ne concerne pas la chose, mais la personne et, par conséquent, ne peut lier les étrangers qui ne sont pas censés s'obliger selon le statut du lieu où ils se trouvent. C'est pourquoi il ne doit fournir caution que selon la coutume de son domicile ou selon le droit commun ; et il n'est pas vrai que ce statut règle la forme et la manière de contracter. Au contraire, il porte sur le fond, sur les effets et le consentement et c'est à tort que ladite loi est invoquée sur cette matière de notre première conclusion." ANCEL, Bertrand. Les Conclusions sur les Statuts et Coutumes Locaux de du Moulin, Traduites en Français. *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 1, n. 1, 2011. p. 28.

doméstico em prol da proteção dos interesses dos comerciantes.⁷⁴⁶ A interpretação internacionalista do contrato foi proposta também por F.A. Mann, ilustre internacionalista britânico.⁷⁴⁷

421. A doutrina contemporânea tem corroborado essa a noção. Emmanuel Gaillard afirma que a melhor forma de resolver eventuais antinomias decorrentes da aplicação das diversas fontes do contrato internacional é afastando normas idiossincráticas.⁷⁴⁸ O grande autor francês ainda descreveu, posteriormente, o benefício desse método: permitir a modernização do direito dos contratos, evitando o uso de regras obsoletas no plano comparado.⁷⁴⁹

422. Além de Emmanuel Gaillard, María Pilar Perales Viscasillas também defende a interpretação e integração dos contratos do comércio internacional pelo afastamento das idiossincrasias do direito doméstico. Na visão da autora espanhola, esse método é o melhor caminho de proteger a legítima expectativa das partes.⁷⁵⁰

⁷⁴⁶ “Or, dans le grand commerce actuel des marchandises expédiées en masse et même de la plus grande partie des autres matières premières, les formulaires règnent d’une façon plus ou moins complète, mais avec une indépendance singulièrement accentuée vis à vis des lois nationales, et, grâce à l’arbitrage, des tribunaux ordinaires. De récents écrivains constatent que le commerçants et les arbitres son peu portés à s’occuper d’une législation quelconque. On soutient également que les divergences de législations nationales paraissent s’effacer devant les contrastes des intérêts économique des producteurs” RABEL, Ernst. Observations Concernant l’Utilité de l’Unification au Point de Vue des Besoins du Commerce International. *Op. Cit.*, p. 3.

⁷⁴⁷ “[T]he judge would not have to apply English municipal rules relating to the interpretation of contracts or deeds, but would be free to apply those rules of interpretation which are undeniably more appropriate to the peculiar task confronting him than the somewhat rigid and very special rules of interpretation which distinguish the English legal system from all others”. MANN, Francis A. “The Interpretation of Uniform Statutes”. *Law Quarterly Review*, v. 62, n. 3, p. 289, 1946.

⁷⁴⁸ “Without entering into an exhaustive discussion on the subject, it seems preferable in such a situation to apply rules that have broad support in comparative law, international arbitral practice and leading international conventions, rather than applying rules which, although they may come from the same legal tradition, nonetheless lead to different results. Such a divergence between laws from the same legal tradition in fact indicates that principles from a region or from a same legal tradition are not sufficiently well established, thus making it necessary to apply principles that are accepted as generally applicable. The universalist approach reflected in the transnational rules method should probably prevail over the divergent positions of national laws.” GAILLARD, Emmanuel. “Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules”. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, v. 10, n. 2, p. 231, 1995.

⁷⁴⁹ “At any given time, this methodology will enable arbitrators to take into account the most current status of the various laws from which the principles are to be drawn. As a result, arbitrators having chosen to apply transnational choice-of-law rules as opposed to those of a given legal system may find that, in light of the recent at least partial conversion of certain common law countries, statute of limitations issues ought to be characterized as substantive rather than procedural. Indeed, where many legal systems have evolved on a given issue, the comparative law approach will lead to the application of the most modern trend, whereas the traditional choice-of-law approach may lead to the application of an obsolete rule, depending on the odds of the distribution of the various connecting factors.” GAILLARD, Emmanuel. *Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making. Arbitration International*, v. 17, n. 1, 2001. p. 69.

⁷⁵⁰ “All these factors, in our view, might lead reasonably to assume that the parties expectations would be that the eventual law chosen by the judge or the arbitral tribunal would be one that protects their interests in the way

423. Necessário compreender, contudo, como essa interpretação se opera, a fim de evitar eventuais deturpações do princípio.⁷⁵¹ Dois exemplos ajudam a ilustrar a proposta. O primeiro, deriva de uma regra que constitui uma idiossincrasia da *common law*. Um dos preceitos de interpretação contratual desses ordenamentos é a chamada *parol evidence rule*. A norma tem origem no contexto socioeconômico britânico do século XVII – realidade muito distinta da vida moderna.⁷⁵²

424. A *parol evidence rule* impede o uso de provas extrínsecas ao contrato (como tratativas, conduta subsequente, etc.) na interpretação de um contrato caso a avença tenha sido declarada, pelas próprias partes, como a mais completa e precisa declaração de suas vontades.⁷⁵³ Segundo

that any reasonable business person doing international business with partners from a different legal background would consider adequate, fair, and reasonable, and without any surprise that could result from the application of domestic laws that are purely local, unknown to the other party or whose application is purely accidental.” VISCASILLAS, María del Pilar Perales. Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts. *Villanova Law Review*, v. 58, n. 4, p. 733-760, 2013. p. 759.

⁷⁵¹ “Mais tant que des différences de de régime demeurent, on peut craindre qu’une conception trop lâche de l’internationalité favorise des comportement opportuniste de la part des opérateurs, des syllogismes régressifs de la part des juges et finalement serve les besoins d’une régulation a posteriori des opérations commerciales au détriment de l’impératif de l’insecurité.” PIRONON, Valerie. Le(s) Critère(s) de l’Internationalité à l’Épreuve des Pratiques du Commerce International. In: SIRE, Sylvie (ed.). *Droit sans frontières: mélanges en l’honneur d’Éric Loquin*. Paris: Lexisnexis, 2018. p. 568.

⁷⁵² “In the first place, the community had become more generally lettered, and this in its turn had resulted from the spread of the printing process in the late 1400s. Reading and writing were no longer the mysterious arts of a few. It was natural to hold that a man was bound by his written version of the transaction, when he might easily guard himself against the writing’s being deficient in some of the agreed terms; and it was the more natural to rely wholly upon the writing since the dying out of old custom (due in part to jury-trial) had made transaction-witnesses not commonly available. In the second place, mercantile custom had already pointed the way in advance. The Lombards in London (and doubtless also – somewhat later – the Flemings and the Hansas) were employing the commercial forms which had developed with the revival of commerce in the preceding three centuries. These mercantile documents of debt had already invented the device of indisputability, – to some extent, no doubt, preserving in tradition the expedients of the advanced Roman law. Such models can be seen to have had some influence upon English ideas. In the third place, the rigid control of the jury influenced the judges, indirectly, by leading them to keep from the jury all alleged oral transactions which might be misused by them to overturn the words of the writing. The safety of written proof was supposed to be at stake. If the parties were allowed to put in averments extraneous to the writing, it must go to the jury, and there was no telling what the jury might do; but if the judges took exclusive charge, they could better control the situation. This reasoning is not much reported till later, but it was plainly there. Finally, a general policy of regard for the trustworthiness of writing, as against shiftiness of mere testimonial recollection, was beginning to be consciously avowed, irrespective of any discrimination against the jury. This is a distinctly modern attitude, but it emerges as one of the considerations that finally tended to fix the rule.” WIGMORE, John H. A Brief History of the Parol Evidence Rule. *Columbia Law Review*, v. 4, n. 5, p. 341-352, 1904. p. 345-347.

⁷⁵³ “All modern parol evidence rules share a basic structure. A finding that a writing is integrated limits, in one way or another, the evidence an adjudicator may consider to determine the content of the parties’ agreement. A partially integrated writing excludes parol evidence of terms contrary to those in the writing; a completely integrated writing excludes parol evidence of terms contrary or in addition to those in the writing.” KLASS, Gregory. Parol Evidence Rules and the Mechanics of Choice. *Theoretical Inquiries in Law*, V. 20, n. 2 (2019), p. 464. Neste mesmo sentido, cf. POSNER, Eric A. Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, 1998. p. 534.

Arthur Corbin, a regra busca prestar deferência à ação das partes de minutar seus entendimentos em um contrato escrito.⁷⁵⁴

425. Historicamente, a regra foi adotada como forma de privilegiar a manifestação expressa e escrita das partes, posta em um instrumento contratual.⁷⁵⁵ Por isso, a popularidade da *parol evidence rule* influenciou a ampla adoção das chamadas *entire agreement clauses* (também conhecidas como *merger clauses* ou *integration clauses*) – que hoje são dispositivos contratuais padrão não só em contratos regidos pelas leis que se originaram na *common law*.⁷⁵⁶

426. A *parol evidence rule* adentrou, posteriormente, o ordenamento jurídico positivo. Nos Estados Unidos, por exemplo, o UCC adotou uma versão da regra em sua Seção 2-202, que regulamenta os contratos domésticos de compra e venda de mercadorias.⁷⁵⁷

427. A regra tradicional encontra-se mitigada no UCC.⁷⁵⁸ O código uniforme autoriza a interpretação e integração dos contratos de compra e venda pelos usos do comércio, pela

⁷⁵⁴ “When two parties have made a contract and have expressed it in a writing to which they have both assented as the complete and accurate integration of that contract, evidence, whether parol or otherwise, of antecedent understandings and negotiations will not be admitted for the purpose of varying or contradicting the writing. This is in substance what is called the ‘parol evidence rule’”. CORBIN, Arthur L. “The Parol Evidence Rule”. *The Yale Law Journal*, v. 53, n. 4, p. 603, 1944.

⁷⁵⁵ “A careful scrutiny of the cases appears to show that the rule is aimed; not so much against offering evidence of anything, as against the thing itself that the evidence is offered to further; it is the varying, adding, and cutting down that is condemned, the trying to give to matter not in writing an equal effect and operation with that which has the written form; or, to speak more generally, the trying to give to matter which is not formal an equal effect with that which is formal, - as being recorded, or under seal, or witnessed, or merely written, whether the form be required by law, or merely by convention of the parties.” THAYER, James B. “Parol Evidence Rule”. *Harvard Law Review*, v. 6, n. 7, p. 472, 1892-1893..

⁷⁵⁶ “In many jurisdictions, the presence of a clear merger clause raises a conclusive presumption that the agreement is integrated. Hence, ‘a merger clause acts . . . to require full application of the parol evidence rule to the writing in question.’” BURTON, Steven. *Elements of Contract Interpretation*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 71.

⁷⁵⁷ §2-202. Terms with respect to which the confirmatory memoranda of the parties agree or which are otherwise set forth in a writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral agreement but may be explained or supplemented: (a) by course of dealing or usage of trade (Section 1-205) or by course of performance (Section 2-208); and (b) by evidence of consistent additional terms unless the court finds the writing to have been intended also as a complete and exclusive statement of the terms of the agreement..

⁷⁵⁸ “The restrictive approaches of the earlier versions of the parol evidence rule have generally given way, in cases decided under the Code, to a more liberal attitude toward the admission of oral evidence when a written agreement is present. This liberal attitude finds its expression in two essentially new rules of interpretation under the Code’s parol evidence rule. The first is the presumption of partial, rather than total integration. This opens the door to the admission of consistent additional terms. The second is the narrow definition of “inconsistent” originally established by *Hunt Foods and*, at least thus far, largely followed in subsequent cases: oral terms are only inconsistent, and thus barred by the parol evidence rule, if they directly negate the express terms of the contract.” WALLACH, George. “Declining Sanctity of Written Contracts-Impact of the Uniform Commercial Code on the Parol Evidence Rule”. *Missouri Law Review*, v. 44, n. 4, p. 679, 1979.

conduta subsequente das partes e por prova consistente de termos adicionais acordados pelas partes fora dos chamados quatro cantos do contrato. Segundo Russel Weintraub, a mitigação da regra é acompanhada pelos comentários e pela jurisprudência do Código.⁷⁵⁹

428. Ocorre que a *parol evidence rule* é uma regra idiossincrática, adotada apenas nos ordenamentos que se originam da *common law* inglesa. As regras de interpretação da maioria das jurisdições permitem o uso de outros elementos de prova na interpretação contratual.⁷⁶⁰

429. Examinemos os exemplos das leis brasileira, francesa e alemã, para fins de comparação. O artigo 112 do Código Civil brasileiro afirma que “[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” Segundo Francisco Marino, a regra abre as portas para que o intérprete utilize todos os meios disponíveis, inclusive para contrapor os termos contratuais, se for o caso.⁷⁶¹

430. O direito alemão é similar. O artigo 133 do BGB afirma que “[w]hen a declaration of intent is interpreted, it is necessary to ascertain the true intention rather than adhering to the

⁷⁵⁹ “The seller may wish to invoke the *parol evidence rule* to exclude evidence of an express warranty that the buyer alleges was made by the seller prior to signing the sales contract. The seller’s success in using this tactic has varied from state to state depending on the degree of leniency with which each state has admitted evidence over a *parol evidence objection*. A key issue on which the states have divided is whether the contract itself should be the sole evidence of whether the parties intended it as the final and exclusive statement of their agreement; that intention is requisite to application of the *parol evidence rule*. Although the text of section 2-202, the Code’s version of the *parol evidence rule* for sales of goods, takes no stand on this issue, official comment assumes that the court will hear the alleged extraneous terms before deciding whether the parties intended the writing as the ‘complete and exclusive statement of the terms of the agreement.’ The comment indicates that the court should exclude the additional terms only if it finds them to be ‘such that, if agreed upon, they would certainly have been included in the document.’ In jurisdictions like Texas that have regarded the writing itself as the sole criterion of whether the parties intended to supersede prior oral agreements, Section 2-202 should facilitate the buyer’s introduction of evidence concerning an alleged express warranty that in pre-Code days might have been excluded by the *parol evidence rule*.” WEINTRAUB, Russel. “Disclaimer of Warranties and Limitation of Damages for Breach of Warranty under the UCC”. *Texas Law Review*, v. 53, n. 1, p. 74-75, 1974-1975.

⁷⁶⁰ “In most of the codes of civil proceedings belonging to the civil law tradition, there is a mention that proof by witnesses is admissible only up to a certain point” ZUPPI, Alberto Luis. The *Parol Evidence Rule: A Comparative Study of the Common Law, the Civil Law Tradition, and Lex Mercatoria*. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 35, n. 2, p. 233-276, 2007. p. 259.

⁷⁶¹ “O aludido artigo determina ao intérprete que não se prenda comodamente ao primeiro e mais óbvio dos meios interpretativos disponíveis – o sentido literal da linguagem – examinando, ao contrário, o conjunto de meios interpretativos passíveis de consideração no caso concreto. Assim, se explica como o dispositivo contraponha um critério (o “critério da intenção”) a um meio (o sentido literal). Na verdade, o “critério da intenção” traduz-se na necessidade de examinar a totalidade do material interpretativo, e é com esse sentido que pode ser contraposto à literalidade da linguagem” MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 254.

literal meaning of the declaration.”⁷⁶² Stefan Vogenauer explica que a lei alemã autoriza o uso de prova extrínseca para desconstruir a presunção de completude do texto contratual.⁷⁶³

431. Regra similar encontra-se no direito francês. O artigo 1.188 do Code Napoléon afirma que “[I]e contrat s’interprète d’après la commune intention des parties plutôt qu’en s’arrêtant au sens littéral de ses termes.” O artigo segue linha similar ao antigo artigo 1.156 do Código, que afirmava que “On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes.”

432. Uma inovação trazida pela reforma de 2016 foi o artigo 1.192, que afirma que “[o]n ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation.” Esse dispositivo tem origem na jurisprudência das cortes francesas, que aplicam a chamada teoria das cláusulas claras e precisas desde o fim do século XIX.⁷⁶⁴

433. Não se trata, contudo, de adoção da regra da *parol evidence*. No caso da doutrina inglesa, ao intérprete é vedada a interpretação do contrato integralmente completo. A regra

⁷⁶² No original: “Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.” Cf. GERMANY. Federal Ministry of Justice. German Civil Code. Tradução disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0406. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁶³ “Eighteenth and nineteenth century German law knew a prohibition on extrinsic evidence which, in substance, resembled the parol evidence rule. The Civil codes of Prussia, Baden and Austria, for instance, excluded any proof of oral agreements made before or during the conclusion of a written contract and contradicting the text of the instrument. The courts, however, slowly subverted these rules by altering their character. They permitted evidence of collateral oral agreements, but only if it could be proved that these had been meant to be valid besides the written contract. This reasoning was based on a presumption that the writing accurately reflected the totality of the contract at the time of its conclusion. As a result, the prohibition turned into a mere presumption against the admissibility of evidence. The presumption of the written agreement being complete was not included in the Civil code, but mentioned approvingly in the travaux préparatoires. Thus, the courts continued to apply it after 1900, and today it is regarded as customary law. The presumption can be rebutted by evidence to the contrary, but the courts profess to impose ‘the strictest requirements’ for such proof. 49 In a recent case, the state of the law was summarised as follows: ‘The presumption of completeness and accuracy of the written instrument is valid if the text of the instrument, according to its wording and internal context and taking into account commercial practice, is a manifestation of a particular content of the transaction. In order to rebut the presumption criteria of interpretation external to the instrument can be referred to (concomitant circumstances, declarations of the parties external to the document, etc.)’.” VOGENAUER, Stefan. “Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations”. In: BURROWS, Andrew e PEEL, Edwin (ed.). *Contract Terms*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 123-150.

⁷⁶⁴ Cf., e.g., o *Arrêt Foucauld-Coulombe*, Cour de Cassation, Chambre civile, decisão de 15 de abril de 1872, onde a Cour de Cassation decidiu “qu’il n’est pas permis aux juges, lorsque les termes d’une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu’elle renferme.” Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006952893/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

francesa apenas impõe limitação à liberdade interpretativa.⁷⁶⁵ Tal norma segue o princípio da *in claris non fit interpretatio*.⁷⁶⁶

434. A *parol evidence rule* também não foi adotada como regra interpretativa nos instrumentos de direito estatal internacional atinentes aos contratos comerciais. A CISG, por exemplo, rechaça a regra tradicional inglesa,⁷⁶⁷ estabelecendo, em seu artigo 8,⁷⁶⁸ norma interpretativa que dá preferência à vontade das partes, considerando diversos elementos pré-contratuais, como, por exemplo, as negociações havidas entre as partes.⁷⁶⁹ Até as cortes americanas reconhecem que a *parol evidence rule* é incompatível com as regras da Convenção. Em *MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D'Agostino*, a *U.S. Court of Appeals for the 11th Circuit* decidiu que o uso da regra é inviável em casos sujeitos à CISG.⁷⁷⁰

⁷⁶⁵ “Apparement simple, le critère de la distinction entre la dénaturation censurée et la fausse interprétation inattaquable n’est cependant pas d’une parfaite netteté. Dans les deux cas, l’opération intellectuelle est la même. Il s’agit toujours de rechercher le sens des dispositions litigieuses. La différence résulte de l’objet auquel cette opération s’applique : obscuren cas d’interprétation, le contrat est clair en cas de dénaturation. Encore faudrait-il, pour que la distinction joue sans difficulté, que la ligne de partage entre le doute et l’évidence soit elle-même dépourvue d’ambiguïté. En réalité, la différence est surtout de degré.” TERRÉ, François et al. *Droit Civil – Les Obligations*. 12ème ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 698.

⁷⁶⁶ Princípio este cuja aplicação é amplamente criticada na doutrina. Neste sentido, cf., e.g., PIERLINGIERI, Pietro. “Legal Principles and Values”. *The Italian Law Journal*, v. 03, n. 1, p. 139, 2017, nota 89, onde se lê: “This rule is known as *in claris non fit interpretatio*. Some scholars argue that when the legal text is clear, it does not have to be interpreted; if the literal interpretation results in a clear norm, no further interpretation (be it logical, systematic etc) is necessary. However, this understanding of the *in claris non fit interpretatio* is both false and unacceptable. It is false, because no norm can be applied without interpreting the text of its source. It is unacceptable, because legal method requires that the interpretation be systematic and axiological.”

⁷⁶⁷ “The fact is that under article 8(1), a shared subjective intent is binding despite the fact that the parties signed documents which show a contrary intent. Furthermore, such subjective intent is not 'blocked by that ancient pillar of common law tradition, the *parol evidence rule*” ZELLER, Bruno. *The Parol Evidence Rule and the CISG — a Comparative Analysis*. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, v. 36, n. 3, p. 308-324, 2003. p. 312. Neste mesmo sentido, cf. FLECHTNER, Harry M. “The UN Sales Convention (CISG) and *MCC-Marble Ceramic Center Inc. v. Ceramica Nuova D'Agostino, SpA*: the eleventh circuit weighs in on interpretation, subjective intent, procedural limits to the convention's scope, and the *parol evidence rule*”. *Journal of Law and Commerce*, V. 18, p. 269, 1999.

⁷⁶⁸ Art. 8(1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la. (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte. (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.

⁷⁶⁹ “In the process of interpreting the intention of a party or the understanding of a reasonable person, consideration is to be given to all relevant circumstances including negotiations, practices between the parties, usages and subsequent conduct of the parties”. SCHLECHTRIEM, Peter. “Uniform Sales Law - The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany”. *Juridisk Tidskrift*, v. 3, p. 15, 1991.

⁷⁷⁰ “[T]he *parol evidence rule* is not viable in CISG cases in light of article 8 of the Convention”. *MCC-Marble Ceramic Center, Inc. v. Ceramica Nuova D'Agostino*, 144 F.3d 1384 (11th Cir. 1998).

435. No que tange o direito não-estatal, a regra também não é a *parol evidence rule*. Os artigos 4.1,⁷⁷¹ 4.2⁷⁷² e 4.3⁷⁷³ do Princípios do UNIDROIT, por exemplo, estabelece regra similar a da CISG, baseada na vontade das partes e na utilização de diversos elementos fáticos para estabelecê-la, como, por exemplo, o conteúdo das negociações.

436. E os Princípios ainda vão além: ao lidar com as *merger clauses*, o artigo 2.1.17 afasta a versão mais restrita da *parol evidence rule*, permitindo, mesmo na presença desses dispositivos, o uso de elementos extrínsecos na interpretação do texto escrito do contrato.⁷⁷⁴

437. Examinando detidamente as fontes do direito dos contratos comerciais internacionais, vê-se que a *parol evidence rule* não é a norma de comando no que tange à interpretação contratual. Tratando-se, portanto, de uma idiossincrasia oriunda da *common law*, um intérprete, confrontado com uma disputa interpretativa envolvendo um contrato de compra e venda de ações de uma companhia brasileira, celebrado entre uma companhia vendedora estadunidense e uma companhia compradora alemã, e regido, por escolha de lei, pela lei de Nova York – que estabelece a *parol evidence rule*⁷⁷⁵ –, por exemplo, deve aplicar a *parol evidence comme ça*, ou prezar pela preservação do caráter internacional da avença?

⁷⁷¹ Artigo 4.1. (1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties. (2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

⁷⁷² Artigo 4.2. (1) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention. (2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances.

⁷⁷³ Artigo 4.3. In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including (a) preliminary negotiations between the parties; (b) practices which the parties have established between themselves; (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract; (d) the nature and purpose of the contract; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned; (f) usages.

⁷⁷⁴ “If the conclusion of a contract is preceded by more or less extended negotiations, the parties may wish to put their agreement in writing and declare that document to constitute their final agreement. This can be achieved by an appropriately drafted ‘merger’ or ‘integration’ clause (e.g. ‘This contract contains the entire agreement between the parties’). However, the effect of such a clause is not to deprive prior statements or agreements of any relevance: they may still be used as a means of interpreting the written document (see also Article 4.3(a)). A merger clause of course covers only prior statements or agreements between the parties and does not preclude subsequent informal agreements between them. The parties are, however, free to extend an agreed form even to future amendments (see Article 2.1.18). This Article indirectly confirms the principle set out in Article 1.2 in the sense that, in the absence of a merger clause, extrinsic evidence supplementing or contradicting a written contract is admissible.” Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁷⁵ “Absent fraud or mutual mistake, where the parties have reduced their agreement to an integrated writing, the parol evidence rule operates to exclude evidence of all prior or contemporaneous negotiations between the

438. Nos parece que a segunda hipótese é mais vantajosa para preservar a estabilidade do negócio transfronteiriço e evitar diversos prejuízos não só às partes, como também ao próprio sistema econômico do comércio internacional. Evita-se, assim, que as idiossincrasias do direito doméstico criem insegurança para alguma das partes.

439. O outro exemplo trata das cláusulas de exclusão de responsabilidade do empreiteiro em contratos de construção. A leitura dos artigos 1.792, *caput*,⁷⁷⁶ e 1.792-5⁷⁷⁷ do *Code Civil* francês afasta a possibilidade de celebração de qualquer cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade do construtor por danos que comprometam a solidez ou a finalidade da obra.⁷⁷⁸

440. Todavia, as cláusulas limitadoras ou excludentes de responsabilidade (inclusive aquelas celebradas em contratos de empreitada) são amplamente reconhecidas como válidas na maioria dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, incluindo na CISG e nos Princípios do UNIDROIT.⁷⁷⁹ Esses dispositivos também podem ser reconhecidos como parte das práticas, usos e costumes do direito da construção – tanto que os próprios modelos FIDIC reconhecem a possibilidade de as partes avençarem a exclusão ou limitação de responsabilidade do construtor.⁷⁸⁰

parties offered to contradict or modify the terms of their writing.” Marine Midland Bank-Southern v. Thurlow, 53 N.Y.2d 381, 387 (1981). Neste mesmo sentido, cf., ainda, Zaidi v. New York Bldg. Contrs., Ltd., 2010 N.Y. Slip Op. 33125, Davis v Davis, 266 AD2d 867, 868 [4th Dept 1999], lv denied 94 NY2d 761 [2000] e Century-Maxim Constr. Corp. v One Bryant Park, LLC 2009 NY Slip Op 50858(U) [23 Misc 3d 1120(A)].

⁷⁷⁶ Art. 1.792. Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa Destination.

⁷⁷⁷ Art. 1.792-5. Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite.

⁷⁷⁸ “*Les clauses limitatives et exonératoires sont totalement prohibées depuis la loi du 4 janvier 1978 modifiant l'article 1792 du Code civil.*” LARÈRE, Patrice. Les Clauses Limitatives et Exoneratoires de Responsabilité en Droit Français. *International Business Law Journal*, n. 4, p. 480, 1985.

⁷⁷⁹ Nesse sentido, cf. o belíssimo estudo comparado feito por Lauro Gama Jr. por ocasião da elaboração da CISG Advisory Council Opinion n.º 17, sobre cláusulas de exclusão e limitação de responsabilidade na Convenção de Viena. O Anexo I da opinião contém um extenso e detalhado estudo comparado do tratamento dessas cláusulas em vários ordenamentos jurídicos. Com base nesse estudo, o autor conclui que “*Exemption and limitation of liability clauses are permitted in most legal systems within the civil law tradition*” e que “*In the common law tradition, agreements on the exemption and limitation of liability are generally accepted under the principle of freedom of contract*”. CISG Advisory Council Opinion n.º 17. Rapporteur: Professor Lauro Gama Jr. (2015), §8.

⁷⁸⁰ Cf., e.g., FONTAINE, Marcel. Les Clauses Limitatives et Exoneratoires de Responsabilité et de Garantie dans les Contrats Internationaux. *Op. Cit.*, p. 454, 457, 460 e 475, onde o autor examina as cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade previstas nos contratos FIDIC.

441. Nesse contexto, veja-se o seguinte exemplo: um contrato de construção de uma fábrica no Brasil, celebrado entre uma parte de Singapura e outra da França, regido pela lei francesa. Deve o operador do direito afastar a limitação de responsabilidade, aplicando a norma particular do ordenamento jurídico francês? Nos parece que a resposta a esses questionamentos deve ser negativa. Examinar esse contrato sob as lentes da lei municipal é dar alto valor a um determinismo do direito doméstico, criando verdadeira barreira ao comércio internacional.

442. Esses exemplos teóricos não afastam o fato de que não há, hoje, um princípio positivado que trate da integração e interpretação dos contratos comerciais internacionais no direito internacional privado. Mas mesmo na ausência de norma positiva sobre o tema, a jurisprudência internacional vem adotando o método aqui proposto.

443. São vários os precedentes em que cortes e tribunais arbitrais utilizam o método ora proposto, coordenando as fontes dos contratos comerciais internacionais. Em sua grande maioria, as cortes usam o método para confirmar que uma determinada regra do direito doméstico é compatível com as fontes do direito dos contratos do comércio internacional.⁷⁸¹

444. Existem, contudo, três precedentes envolvendo contratos internacionais (e decididos tanto por cortes quanto tribunais arbitrais) que indicam que a metodologia hermenêutica ora sugerida poderia, também, afastar ou modular uma norma idiossincrática do direito doméstico. Esses casos servem de exemplos práticos (e reais) de como o método ora proposto pode ser aplicado na jurisprudência das cortes estatais e dos tribunais arbitrais internacionais.

445. O primeiro caso envolve um contrato celebrado entre duas partes chinesas e uma companhia europeia para a cooperação tecnológica. O contrato previa uma obrigação de confidencialidade. A companhia europeia instaurou uma arbitragem, administrada por um tribunal arbitral sob o auspício da *Stockholm Chamber of Commerce* (“SCC”), pleiteando perdas e danos, sob a alegação de que uma das companhias chinesas havia violado o sigilo imposto pelo contrato.

⁷⁸¹ Cf., apenas e.g., ICC Award 12112; *Nea Commerce S.A. vs. SKY Argentina SCA*, Corte de Apelações de Buenos Aires, decisão de 13/09/2009; Decisão nº 33-17761/2017, corte de Sverdlovsk, na Rússia, datada de 18/10/2017; Case °. Rsp 88/94, Arbitral Court of the Economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic, decisão de 17/12/1996; ICC Award 11317, de Janeiro de 2002, Decisão nº. 33-10697/02-2, corte federal de Volgo-Vyatsky, na Rússia, datada de 27/06/2023 – todas as decisões disponíveis em: <https://www.unilex.info/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

446. O contrato não previa escolha de lei. Ao determinar a lei aplicável, o tribunal arbitral, então, aplicando a regra de conflito prevista no então artigo 24(1) do Regulamento de Arbitragem da SCC, decidiu que as partes tinham a legítima expectativa que a lei aplicável ao contrato protegeria os seus interesses de maneira que qualquer pessoa engajada no comércio internacional considerasse adequada e razoável, sem que alguma surpresa oriunda de uma lei doméstica afetasse a sua relação contratual. Segundo a corte, isso levaria à aplicação dos Princípios do UNIDROIT àquela avença específica.⁷⁸²

447. Nesse caso, o fato de as partes não terem escolhido a lei aplicável certamente motivou os árbitros a aplicarem os Princípios do UNIDROIT. Todavia, o que é importante notar é a preocupação do tribunal com a expectativa das partes em não ter sua avença afetada por uma idiosincrasia do direito doméstico.

448. O segundo caso tem origem em decisão proferida pela *Court of Appeal of New Zealand* em *Hideo Yoshimoto v. Canterbury Golf International Limited*.⁷⁸³ Nesse caso, um empresário japonês – controlador de 100% das ações da *New Zealand Plan International Ltd.* (“NZPIL”) – celebrou um contrato de compra e venda de todas as ações da sociedade para a *Canterbury Golf International Ltd* (“CGI”) – uma sociedade neozelandesa. A compradora buscava adquirir a sociedade para desenvolver um projeto de construção de um campo de golfe internacional.

449. O contrato, regido pela lei neozelandesa, previa uma condição para o pagamento de uma das parcelas do preço de compra: obtenção de todas as autorizações necessárias para o desenvolvimento do projeto dentro de doze meses contados da assinatura do contrato.

⁷⁸² “*In the Tribunals view, it is reasonable to assume that the contracting parties expected that the eventual law chosen to be applicable would protect their interest in a way that any normal business man would consider adequate and reasonable, given the nature of the contract and any breach thereof, and without any surprises that could result from the application of domestic laws of which they had no deeper knowledge. This leads the Tribunal to conclude that the issues in dispute between the parties should primarily be based not on the law of any particular jurisdiction, but on such rules of law that have found their way into international codifications or such like that enjoy a widespread recognition among countries involved in international trade. Apart from international conventions such as the Convention on International Sales of Goods (CISG) and other conventions that are not directly applicable on a licence agreement, the only codification that can be considered to have this status is the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.*” SCC Case No. 117/1999, decisão de 2001. Disponível em: <https://www.unilex.info/principles/case/793>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁸³ *Hideo Yoshimoto v. Canterbury Golf International Limited* (2000) NZCA 350. Disponível em: <https://www.unilex.info/case.cfm?id=802>. Acesso em: 16 abr. 2023.

450. As partes, contudo, discordaram sobre o cumprimento da condição; apesar de a sociedade ter obtido as autorizações necessárias para iniciar o desenvolvimento do projeto, uma autorização para construção de uma estrada conectando o projeto com uma rodovia de alta capacidade na região só tinha sido obtida depois do prazo acordado. A necessidade desta autorização só apareceu, contudo, depois da assinatura do contrato.

451. A disputa centrava-se, portanto, na seguinte questão: a autorização para a construção dessa conexão estava dentro do escopo da condição estipulada no item 6.3. do contrato? Por um lado, o vendedor alegava todas as autorizações “necessárias” para o desenvolvimento do projeto tinham sido obtidas no prazo avençado, já que as partes não haviam previsto a necessidade de obtenção dessa nova autorização quando das negociações da avença. A CGI, por outro lado, arguia que a autorização para a construção da conexão rodoviária – apesar de superveniente – era necessária para a viabilidade comercial do projeto.

452. A corte de primeira instância decidiu que a condição não havia se materializado no prazo avençado. Na visão daquela corte, a autorização para a construção da conexão rodoviária era, de fato, necessária para o desenvolvimento do projeto.

453. A corte de apelações discordou. Em sua decisão, a corte concluiu que as partes não haviam acordado que tais autorizações seriam condição para a performance contratual.⁷⁸⁴ Ao entender dessa forma, a corte reconheceu que, via-de-regra, preferência deve ser dada, sim, à interpretação objetiva do contrato, sem utilizar elementos extrínsecos à avença, como determina a tradicional regra de interpretação originada nas cortes da Inglaterra – a Nova Zelândia, país cujo sistema jurídico se origina da *common law*, adota, como regra, a *parol evidence rule*.⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ “[T]he parties did not intend that consent to the removal of the designation under the Proposed Plan was a necessary consent to the development before the \$1 million became due and payable.” *Hideo Yoshimoto v. Canterbury Golf International Limited* (2000) NZCA 350. Disponível em: <https://www.unilex.info/case.cfm?id=802>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁸⁵ “It is accepted that for reasons of commercial convenience the law insists on an objective theory of contract. Lord Steyn, writing extra-judicially, has pointed out that this involves adopting an external standard given life by using the concept of the reasonable person. Thus, in contract law effect must be given to the reasonable expectations of honest people. The expectations which will be protected are those that are, in an objective sense, common to both parties. Generally the law of contract is not concerned with the subjective expectations of a party. Thus, the function of the law of contract is to provide an effective and fair framework for contractual dealing, a function which requires an adjudication based on the reasonable expectation of parties. (Johan Steyn, “Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men” (1997) 113 LQR 433, at 433-434). By and large, Lord Steyn continues, the objective approach to questions of interpretation serves the needs of commerce. It tends to promote certainty in the law and predictability in dispute resolution. The rule that

454. Entretanto, a corte reconhece que essa abordagem se encontra em declínio, tanto no direito inglês e neozelandês, quanto no direito comparado.⁷⁸⁶ A corte propõe, então, um método mais flexível de interpretação, baseado na averiguação da intenção das partes através da utilização de elementos extrínsecos ao contrato em si, como as declarações e documentos trocados durante as negociações.⁷⁸⁷ Ao justificar essa abordagem mais moderna e flexível, a corte faz referência às fontes do direito dos contratos comerciais internacionais – especificamente a CISG e os Princípios do UNIDROIT – como demonstrações da abordagem universalista à interpretação contratual.⁷⁸⁸

evidence of the precontractual negotiations of the parties or their subsequent conduct cannot be used in aid of the construction of a written contract follows from the primary rule that the task of the court is simply to ascertain the meaning of the language of the contract.” Hideo Yoshimoto v. Canterbury Golf International Limited (2000) NZCA 350. Disponível em: <https://www.unilex.info/case.cfm?id=802>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁸⁶ “*But, the distinguished jurist adds, the rationality of the law is important, and if this rule was absolute and unqualified it would sometimes defeat the reasonable expectations of commercial men. There has been, he observes, a shift away from a black-letter approach to questions of interpretation. The literalist methods of Viscount Simmonds are in decline. The purposive approach of Lord Reid and Lord Denning MR has prevailed. (Ibid, at 440). This shift away from the black-letter approach in the interpretation of contracts is most noticeably evident in the recent decision of the House of Lords in ICS Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society Ltd [1998] 1 All ER 98. In what must be regarded as a landmark statement - or restatement - of the law relating to the construction of contracts, Lord Hoffman begins by observing that a fundamental change has overtaken this branch of the law, particularly as a result of the speeches of Lord Wilberforce in Prenn v Simmonds [1971] 3 All ER 237, at 240-242, and Reardon Smith Line Ltd v Hansen-Tangen, Hansen-Tangen v Sanko Steamship Co [1976] 3 All ER 570, which is not always sufficiently appreciated. Subject to an important exception, the result has been to assimilate the way in which such documents are interpreted by judges to the common-sense principles by which any serious utterance would be interpreted in ordinary life. Almost all the old intellectual baggage of legal interpretation has been discarded. The five principles which Lord Hoffman articulated are now so well known that it is not necessary to set them out. They were repeated and adopted by this Court in Boat Park Ltd v Hutchinson [1999] 2 NZLR 74, at 81-82.” Hideo Yoshimoto v. Canterbury Golf International Limited (2000) NZCA 350. Disponível em: <https://www.unilex.info/case.cfm?id=802>. Acesso em: 16 abr. 2023.*

⁷⁸⁷ “*While it may be presumed that the parties have intended what they have in fact said in the contract, the objective, enshrined in ancient authority, is to discover from the written agreement the intention of the parties. See, for example, Cholmondeley (Marquis of) v Clinton (1820) 2 Jac & W 1, at 91. To refer to extrinsic evidence to assist that objective would not seem to be a radical suggestion. As Wigmore has said: "The history of the law of interpretation is the history of a progress from a stiff and superstitious formalism to a flexible rationalism" (Wigmore on Evidence, (1981, Chadbourne rev., Boston) Vol 9, at para 2461). I agree. The cardinal rule of contractual interpretation must be to ascertain the intention of the parties. To the extent this rule is not implemented, the courts must incur the criticism of failing to give effect to the reasonable expectations of the parties. Surely the parties are reasonably entitled to expect that the courts will strive to ascertain their true intention or, certainly, not to arrive at a meaning of their contract which is at variance with their actual intention. They cannot expect that the judicial exercise of construing their contract will be buried under a stockpile of excessive formalism.” Hideo Yoshimoto v. Canterbury Golf International Limited (2000) NZCA 350. Disponível em: <https://www.unilex.info/case.cfm?id=802>. Acesso em: 16 abr. 2023.*

⁷⁸⁸ “*It would, of course, be open to this Court to seek to depart from the law as applied in England on the basis of this country's implementation in 1995 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Liberal provisions for the interpretation of international sales contracts are included in this Convention. Article 8(1) provides that statements made by a party "are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was". Article 8(2) stipulates that, if the latter provision is inapplicable, a party's statements "are to be interpreted according to the understanding*

455. Esse precedente ilustra, perfeitamente, como a hermenêutica ora proposta deve ser operada. A corte neozelandesa examinou o direito comparado (utilizando tanto fontes domésticas quanto internacionais) e chegou à conclusão que a lei municipal estava em desacordo com os preceitos transnacionais, preferindo, assim, uma interpretação internacionalista da avença.⁷⁸⁹

that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances". Under Article 8(3) "[i]n determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties. "Professor McLauchlan has correctly pointed out that it is odd that evidence of the parties' negotiations are admissible to aid the interpretation of international sales agreements but not commercial or other domestic contracts. (See McLauchlan, "A Contract Contradiction", at 193). Reference may also be made to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts published in 1994. This document, which is in the nature of a restatement of the commercial contract law of the world, refines and expands the principles contained in the United Nations Convention. Particularly relevant for present purposes is Article 4.3. Having stipulated that a contract is to be interpreted according to the common intention of the parties (4.1), and that the statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention (4.2), Article 4.3 provides that, in applying these general principles, regard should be had to all the circumstances including "preliminary negotiations between the parties". Clearly, it is desirable that the approach of the Courts in this country to the interpretation of statutes should be consistent with the best international practice. (See Attorney General v Dreux Holdings Ltd (1997) 7 TCLR 617, at 627 and 642)." Hideo Yoshimoto v. Canterbury Golf International Limited (2000) NZCA 350. Disponível em: <https://www.unilex.info/case.cfm?id=802>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁸⁹ A corte de apelações também adotou outro fundamento para atingir a sua conclusão final, baseada em um precedente anterior do Privy Council inglês que atingiu o mesmo resultado: “*If there were any doubt as to whether the preferred approach is open to this Court, I believe that it is put to rest by the decision of the Privy Council in Lim v McLean [1997] 1 NZLR 641. At issue in that case was the construction of a contractual provision in an agreement for the sale of a one-half share of a fishing vessel along with a one-half share of the individual transferable quota (ITQ) allocated to the vendors under the Fisheries Amendment Act 1986. Although it was not known what the exact amount of the quota would be, the parties knew informally that it would be issued at about 447 tonnes. The agreement purported to sell the fishing boat together with the half-share of the ITQ described in Schedule III to the agreement. Schedule III described the ITQ as that issued by the relevant Ministry "granting the right to catch not less than 447 tonnes of orange roughy per annum". Sometime prior to the agreement the vendors had issued judicial review proceedings against the Ministry claiming a greater allocation of ITQ. Subsequent to the agreement, and indeed much later, the High Court ruled that the original vendors were entitled to a further 130 tonnes of orange roughy. The purchaser claimed a half-share in this increase. This Court unanimously took the view that the parties to the agreement intended to transfer a half-share of the quota of the order of 447 tonnes. Highly influential in the Court's thinking was the fact that the contract contained no provision for an adjustment of the purchase price in the event that there was a substantial variation to the ITQ. The Judge at first instance had been able to confirm that the purchase price represented an approximation of the value of the vessel and the then market value of the quota. The market value of one tonne of quota was known. This value had been multiplied by the parties to arrive at the value of the 447 tonnes referred to in the Schedule. Half that value added to half the value of the fishing vessel gave the purchase price. This analysis, while well within the bounds of the contractual matrix, provided the clearest possible evidence that the parties intended to sell a half-share in the ITQ of the order of 447 tonnes. Thus, the parties' actual intention was readily discernible. The overall contract price made sense in the context of a sale of half the ITQ of the order of 447 tonnes. Any significant increase in the tonnage over and above 447 tonnes represented a windfall to the purchaser. But the Privy Council took a different view and reversed this Court's decision. The majority of their lordships (Lord Browne-Wilkinson, Lord Mustill and Lord Clyde) adopted a literal interpretation. The agreement spoke of the right to catch "not less than 447 tonnes" of the fish. It did not speak of 447 tonnes of ITQ more or less. Lord Nolan and Lord Nicholls dissented, the latter observing that the majority's interpretation made "no sense commercially" and that the Court should be slow*

456. O terceiro precedente deriva do Caso CCI 9078.⁷⁹⁰ Trata-se de uma decisão de um tribunal arbitral internacional constituído sob a égide da CCI para dirimir uma disputa entre uma requerente da Suécia e uma requerida da Alemanha. As partes celebraram contrato para que a requerida licenciasse e transferisse sua tecnologia para a requerente produzir e vender equipamentos para terceiros de forma exclusiva.

457. O contrato determinava como lei aplicável a lei alemã. A parte sueca instaurou arbitragem após descobrir que a parte alemã continuava vendendo equipamentos para terceiros, em violação ao contrato. A requerente, então, pediu ao tribunal que condenasse a requerida ao pagamento de indenização por perdas e danos decorrentes da perda da oportunidade de vender equipamentos para terceiros naquele período.

458. O tribunal arbitral chegou à conclusão de que a lei alemã não permite a possibilidade de condenação em indenização pela perda de uma oportunidade.⁷⁹¹ Outrossim, o tribunal – examinando o direito comparado, bem como as regras contidas nos Princípios do UNIDROIT – assevera de que os danos causados pela perda de uma oportunidade são indenizáveis no comércio internacional, decidindo, portanto, condenar a parte inadimplente à compensação desses danos.⁷⁹²

459. Novamente, o tribunal arbitral afasta uma norma doméstica sob a alegação de que ela não se coaduna com os preceitos basilares do direito do comércio internacional. Trata-se de materialização quase que íntegra do método ora proposto.

to attribute to an ambiguously drawn document a meaning which would require the vendors to sell, for no additional payment, a half-share in an extra 130 tonnes. But the majority's view prevailed. The decision is comparable to the present case in that it resulted in a construction contrary to the actual intention of the parties and a substantial windfall to the purchaser.”

⁷⁹⁰ ICC Award No. 9078. Publicado em *ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement*, p. 66-76.

⁷⁹¹ “*The damage which Claimant claims is actually a damage for a lost opportunity, respectively the value of the missed chance or opportunity of concluding a deal and realising a profit on such deal. Claimant has not submitted materials which would support the existence of clear rules under German law as to how such cases should be dealt with, nor has the Arbitral Tribunal become aware of such rules clearly established by learned authors or precedents.*” ICC Award No. 9078. Publicado em *ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement*, p. 66.

⁷⁹² “*It must be admitted though that damage resulting from lost opportunities is real damage and the possibility to claim the compensation of such damage caused by a breach of contract must be upheld. The principle is recognised in countries like France and Switzerland as well as by the Unidroit Principles. The Arbitral Tribunal has not become aware of any opinions under German law to the effect that the principles should not apply in Germany.*” ICC Award No. 9078. Publicado em *ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2005 Special Supplement*, p. 66.

460. Há, ainda, outros precedentes aplicando o mesmo método em contratos ditos domésticos. Dois precedentes nesta linha chamam a atenção, pois envolvem avenças que possuem, de uma forma ou outra, elementos de internacionalidade.

461. O primeiro é a decisão proferida pela *High Court of Australia* em *Koompahtoo Local Aboriginal Land Council v. Sanpine Pty Limited*.⁷⁹³ Trata-se de contrato de *joint venture* celebrado entre as partes para o desenvolvimento comercial em um terreno localizado nas cercanias de Sydney. O projeto, contudo, não chegou sequer a sair do papel: em razão de violações perpetradas pela *Sanpine*, o *Koompahtoo Council* resolveu o contrato.

462. Ato contínuo, a *Sanpine* ajuizou ação requerendo a declaração de que a resolução tinha sido ilícita e que, portanto, o contrato continuaria em vigor. A autora alegava que os inadimplementos alegados afetavam apenas obrigações não-essenciais do contrato, e que, por isso, a ré não teria o direito de resolver a avença. As cortes das duas primeiras instâncias da Austrália decidiram em favor do *Koompahtoo Council*, afastando a versão *kiwi* da teoria do adimplemento substancial do contrato.

463. A *High Court* manteve a decisão. Todavia, a corte resolveu uniformizar a abordagem das cortes australianas no que tange ao direito de resolver o contrato. A corte reconhece, de antemão, que a lei australiana, de fato, reconhece o poder de as partes resolverem o contrato por inadimplemento de obrigações chamadas de intermediárias.⁷⁹⁴

464. A corte, contudo, critica a regra como aplicada, historicamente, pelas cortes australianas. Segundo a decisão, o teste para verificação de uma cláusula contratual como intermediária é impreciso e inseguro.⁷⁹⁵

⁷⁹³ *Koompahtoo Local Aboriginal Land Council v. Sanpine Pty Limited* S221/2007. Disponível em: <https://www.unilex.info/principles/case/1232>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁹⁴ “I am prepared to accept that it is useful to maintain the rule that some contractual terms, limited in number, are so critical to particular contracts that their breach will give rise to an automatic right to terminate. I accept that such terms can be identified and characterised a priori as “essential”. I would not disagree that whether or not a term is to be so characterised is a question to be determined with reference to the actual content of the contract, viewed in the context of the entire commercial relationship between the parties.” *Koompahtoo Local Aboriginal Land Council v. Sanpine Pty Limited* S221/2007. Disponível em: <https://www.unilex.info/principles/case/1232>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁹⁵ “The persistence of the law with the distinction between essential and non-essential terms necessarily gave rise to serious risks of practical injustice. It was this realisation that led to the invention of so-called “intermediate” or “innominate” terms. It was Diplock LJ who inserted this new class of contractual terms somewhere between

465. A corte, então, passa examina o tratamento da questão no direito comparado – bem como nas fontes de direito internacional dos contratos – para averiguar se as tendências mais modernas do direito contratual aceitam essa nova taxonomia.⁷⁹⁶ Com base nesse exame, a decisão estabelece, assim, um novo teste para averiguação do direito de resolver a avença na lei australiana, muito inspirado, justamente, por essas fontes do direito comparado.⁷⁹⁷

"conditions" and "warranties". He did so in Hongkong Fir. The concept was further developed in Mareelanto Compania Naviera SA v Bergbau-Handel GmbH (The Mihalis Angelos). It became entrenched in a number of decisions of English courts and judges that followed. At the time of these developments, it was, for the most part, normal for Australian courts to follow English decisions affecting basic doctrines of the common law without serious question. Thus, the "intermediate" or "innominate" term entered into the discourse of this Court without any real consideration of its conceptual soundness or practical usefulness. However, despite occasional approval of taxonomies that incorporated the classification, this Court has not until this appeal given it unequivocal endorsement in a decision for which such recognition comprised part of the ratio decidendi of the case. It might have been "assumed" to be correct; but that was the way of earlier times. In the present case, the joint reasons defend the so-called "intermediate" term derived from Hongkong Fir. Moreover, it is made explicit that the conclusion in the joint reasons depends upon the reception of that concept into law. The joint reasons suggest that an 'intermediate' term will have been breached where default in respect of a non-essential term is so significant as to go 'to the root of the contract', a very imprecise and apparently self-justifying notion. Whether a breach goes "to the root of the contract" is said to depend upon "the nature of the contract and the relationship it creates, the nature of the term, the kind and degree of the breach, and the consequences of the breach" as well as whether or not damages would provide appropriate relief in the circumstances. Of paramount importance is the "construction of the contract" itself. Respectfully, I disagree with this approach. If the classification of a contractual term as "intermediate" is nothing more than a function of ex post facto evaluation of the seriousness of the breach in all of the circumstances then the label itself is meaningless. It is not assigned on the basis of characteristics internal to, or inherent in, a particular term, as the joint reasons themselves acknowledge. Rather, it is imposed retrospectively, in consequence of the application of the judicial process. Effectively, there is no basis, and certainly no clear or predictable basis, for separating "intermediate" terms from the general corpus of "non-essential" terms or "warranties" prior to adjudication in a court. This throws into sharp relief the extreme vagueness of the Hongkong Fir "intermediate" term. Its imprecision occasions difficulties and confusion for parties and those advising them. It has the potential to encourage a proliferation of detailed but disputable evidence in trial courts and consideration of such evidence in intermediate courts. It renders uncertain the distinctions between the several categories said to provide a legal justification for the very significant step of terminating an otherwise valid contract." Koopahtoo Local Aboriginal Land Council v. Sanpine Pty Limited S221/2007. Disponível em: <https://www.unilex.info/principles/case/1232>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁹⁶ *"Several additional factors militate against the incorporation of the so-called "intermediate" term into Australian law. It is a comparatively recent invention, finding little or no reflection in the common law that preceded Hongkong Fir. It is inconsistent with the approach of Australian legislation dealing with breach of contract in particular contexts. It is not reflected in the general codifications of contractual remedies law adopted in some common law countries. It is inconsistent with approaches suggested on the part of law reform bodies in England and Australia. It finds no reflection in the relevant parts of the United States Restatement of the law. Nor is it adopted in the Uniform Commercial Code of the United States. There is nothing like it in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980. Nor does it appear in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004. Even where recognising a classification analogous to "essential" terms, none of these codifications encumbers itself with an artificial additional subdivision of the broad class of "non-essential" terms that remains." Koopahtoo Local Aboriginal Land Council v. Sanpine Pty Limited S221/2007. Disponível em: <https://www.unilex.info/principles/case/1232>. Acesso em: 16 abr. 2023.*

⁷⁹⁷ *"In earlier times this Court felt itself obliged to follow judicial developments of legal doctrine affecting the common law of contracts, as expressed in the higher English courts. Substantially, this was because of the then legal tradition and training and because Australian courts, including this Court, were subject to appeals to the Judicial Committee of the Privy Council. Now we answer to a more testing standard of rigour, persuasiveness*

466. A relevância desse precedente é a adoção, pela High Court, do *standard* para resolução do contrato adotado anos antes pelas cortes inglesas em um caso envolvendo um contrato comercial internacional: Em *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd*.⁷⁹⁸ – uma disputa envolvendo partes inglesa afretadora japonesa, derivada do inadimplemento de um contrato de afretamento – a *Court of Appeals* inglesa havia decidido que a resolução de um contrato internacional só pode ser aceita in ultima racion – na mesma linha do disposto nas fontes internacionais do direito dos contratos do comércio internacional.⁷⁹⁹

467. Como se vê, a corte australiana – ainda que examinando um contrato, *prima facie*, doméstico – utilizou a metodologia ora proposta para rever o direito australiano e adequá-lo

and conceptual coherence. We are governed not only by our own past decisional authority but also by our consideration of relevant legal principle and applicable legal policy. An alternative formulation: It follows that I would endorse the argument advanced in the ninth Australian edition of Cheshire and Fifoot: 'It is difficult to see the necessity for introducing [an 'intermediate'] category of terms as a means of legitimising termination by reference to the extent of loss actually caused by a breach. Unless otherwise agreed, a breach that substantially deprives the other party of the benefit of a contract should entitle that party to terminate it, no matter whether the term in question is essential, intermediate, or inessential. The identification of a third kind of term distinct from, and intervening between, essential terms (conditions) and inessential terms (warranties), further proliferates an already over-elaborate terminology, and is an obvious invitation to circularity of reasoning. Many judgments acknowledge, even if only indirectly, that loss of substantial benefit may be sufficient as such to justify termination by the injured party.' Of the two taxonomies set out in the reasons of Campbell J, I prefer that proposed by Dr Seddon and Associate Professor Ellinghaus in the Australian edition of Cheshire and Fifoot. I regard it as a correct statement of the common law of Australia. Thus, a right to terminate arises in respect of: (1) breach of an essential term; (2) breach of a non-essential term causing substantial loss of benefit; or (3) repudiation (in the sense of "renunciation"). The common thread uniting the three categories is conduct inconsistent with the fundamental postulate of the contractual agreement. This scheme of classification affords the requisite "flexibility" to ensure just outcomes in individual cases - a proper concern upon which the joint reasons rightly place emphasis. However, it avoids the need to invent so-called "intermediate terms". It also simplifies the determination of the consequences of breach of a contractual term, removing needless steps from the process of reasoning. Under taxonomies incorporating the "intermediate term", a finding that a term has been breached requires a determination of whether that term is essential or non-essential. If it is the latter, the court must then inquire as to whether it is of an "intermediate" character. If the answer to this question is in the affirmative, the court must make a further determination of whether the breach was of "sufficient seriousness" to warrant termination. The latter two steps are interrelated. However, when the "intermediate term" is excluded, the process of reasoning is simplified and clarified. Either the term breached is essential or it is non-essential. It cannot somehow be somewhere in between. If it is the former, termination will be justified. If it is the latter, the court can turn its attention directly to the objective indicia of "substantial loss of benefit" without feeling a need to affix the "intermediate" label on the contractual terms ex post facto." Koopahtoo Local Aboriginal Land Council v. Sanpine Pty Limited S221/2007. Disponível em: <https://www.unilex.info/principles/case/1232>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁷⁹⁸ *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26 [1961] EWCA Civ 7.

⁷⁹⁹ "Of such undertakings all that can be predicated is that some breaches will and others will not give rise to an event which will deprive the party not in default of substantially the whole benefit which it was intended that he should obtain from the contract; and the legal consequences of a breach of such an undertaking, unless provided for expressly in the contract, depend upon the nature of the event to which the breach gives rise and do not follow automatically from a prior classification of the undertaking as a 'condition' or a 'warranty' For instance, to take Baron Bramwell's example in *Jackson v. Union Marine Insurance Co.Ltd.* itself, breach of an undertaking by a shipowner to sail with all possible dispatch to a named port does not necessarily relieve the charterer of further performance of his obligation under the charter party, but if the breach is so prolonged that the contemplated voyage is frustrated, it does have this effect". *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26 [1961] EWCA Civ 7.

não só ao direito do comércio internacional, mas também à regra da *common law* aplicável aos contratos comerciais internacionais. Trata-se, portanto, de autêntica interpretação internacionalista do contrato.

468. O segundo precedente que merece destaque é uma decisão de um tribunal arbitral internacional, constituído sob a égide da *London Court of International Arbitration* (LCIA), para resolver uma disputa envolvendo três partes brasileiras oriunda de um JOA celebrado entre elas para regular a operação de um campo de petróleo no Brasil. A arbitragem tinha sede em Paris, na França, e o contrato era regido pela lei brasileira.

469. O contrato previa uma *forfeiture clause*. Essas cláusulas autorizam as partes inadimplidas a resolver o contrato para com a parte inadimplente em caso de violação da obrigação de contribuição de capital.⁸⁰⁰ Elas estão inclusas nos contratos-modelos da AIEN,⁸⁰¹ mas sua validade é debatida em diversos ordenamentos.⁸⁰²

⁸⁰⁰ “The clause will normally provide that, upon default, the operator will be obliged to issue to the defaulter a “default notice,” and if default continues for more than a short period (typically two to six days), the non-defaulters are obliged to make up the financial shortfall immediately. Default is normally remediable by the defaulter at any time prior to forfeiture of the interest upon payment of the sum in default plus interest. Where the default period exceeds a specified period of time (typically 60 days), non-defaulters have the right to have the defaulter’s interest forfeited to them in proportion to their percentage interests.” BLACK, Alexander; DUNDAS, Hew. “Joint Operating Agreements: An International Comparison from Petroleum Law”. *Journal of Natural Resources & Environmental Law*, v. 8, n. 1, p. 71, 1992.

⁸⁰¹ “If the negotiator desires to nonetheless follow existing industry practice and include a ‘forfeiture of the Defaulting Party’s entire Participating Interest’ provision, the Model Form now provides an optional expedited forfeiture clause that is triggered upon a second default by the Party. Not all subsequent defaults are captured by the expedited forfeiture clause, because a Defaulting Party is made subject to the expedited forfeiture clause only if it subsequently defaults within the time period agreed in the JOA. In such a circumstance, forfeiture will occur within fifteen (15) days as opposed to thirty (30) days for an initial default.” WEEMS, Philip; BOLTON, Michael. “Highlights of Key Revisions – 2002 AIPN Model Form International Operating Agreement”. *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, n. 5, 2003, p. 13.

⁸⁰² As cortes inglesas tendem a ver as cláusulas de *forfeiture* como *penalty clauses*, e, portanto, inexecutáveis naquele país (cf. *Jobson v Johnson* [1989] 1 WLR 1026 e *Makdessi v. Cavendish Square Holdings B.V.* [2013] EWCA Civ 1539). A jurisprudência das cortes australianas também questiona a validade e exequibilidade desses dispositivos contratuais; há pelo menos 2 precedentes das cortes daquele país questionando a exequibilidade dessas cláusulas (*Origin Energy Resources Limited v Benaris International NV & Anor* [2002] TASSC 50 e *Mosaic Oil NL v. Angari Pty Ltd.*, 8 ACLC 780). Nesta mesma linha: “The question of enforceability of forfeiture provisions in JOAs has arisen in other jurisdictions” DAINTITH, Terence et al (eds.) *United Kingdom Oil & Gas Law*. 3ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2009 p. 1182/2–1182/3. Philip Weems e Michael Bolton, contudo, afirmam que “forfeiture provisions have been enforced under English law, the law of various U.S. states, and the law of many civil law jurisdictions”. WEEMS, Philip e BOLTON, Michael. Highlights of Key Revisions – 2002 AIPN Model Form International Operating Agreement. *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*. V. 1, n. 5 (200), p. 12-13. Para um debate mais profundo sobre o tema, cf. WAITE, John; DAWBORN, David. Contractual Forfeiture of Joint Venture Interests: Are Such Clauses Enforceable? *Oil And Gas Law & Taxation Review*, v. 8, p.389-392, 1990. In: PEREIRA, Eduardo. *Protection against Default in Long Term Petroleum Joint Ventures*. Oxford: Oxford Institute for Energy Studies, 2012.

470. Nesse caso, a parte inadimplente alegava que a aplicação da cláusula em questão era irregular de acordo com a lei brasileira. Entre outros argumentos, afirmava-se que o exercício da cláusula teria violado a boa-fé objetiva, vez que exercida em alegado abuso de direito – função limitadora da boa-fé, conforme reconhecido pelo artigo 187 do Código Civil brasileiro.

471. A sentença arbitral entendeu que a observância da vontade das partes e dos princípios basilares do modelo de contratação celebrado constituíam elementos essenciais para a concepção da boa-fé mais adequada aos preceitos do comércio internacional.⁸⁰³ Para chegar a essa conclusão, o tribunal abordou a fundo a relevância das práticas, dos usos e dos costumes da indústria do petróleo para a resolução desse caso concreto. A sentença conclui que os princípios que baseiam a construção dos JOAs – incluídos no modelo da AIEN adotado pelas partes – são fatores fundamentais para a interpretação do contrato.⁸⁰⁴

⁸⁰³ “Clause 8.6 of the JOA also does not in itself violate the principle of good faith [...]. The underlying values of the principle of good faith are loyalty and trust. Such values are preserved by fulfilling what has been agreed upon in a contract. In the instant case, the Parties are bound by the principle “pay first, argue later”, as provided in the JOA. Hence, as agreed to by the Parties, Clause 8.6 is in principle valid.” LCIA Arbitration UN 173772, decisão de 24 de setembro de 2018, p. 50.

⁸⁰⁴ “Since granting instruments provide that consortium parties are jointly and severally liable to the government who can enforce the entirety of the concession terms and obligations against any one of them individually, the joint operating agreement is designed to manage this risk by reallocating and limiting the joint and several liability amongst the parties. It does this by providing that the parties’ liabilities are apportioned amongst themselves. The joint operating agreement allocates the risk of third party claims on a similar basis. This underlying principle means that each party must meet its share of obligations at all times for the joint operating agreement to effectively work. The principle obligation of each party under a joint operating agreement is to fund its share of the cost of joint operations. That share is based on its participating interest in the joint operating agreement and the granting instrument. The operator issues cash calls or invoices to the parties based upon their respective shares, which each party is required to make payment by a specified date. In the present case, the failure of a Party to comply with this payment request on time is considered to be a default under the agreement since ‘time is of the essence’ in meeting this fundamental obligation. The aim of the JOA default provision is to provide certainty and stability for the financial contributions that are required throughout the life of a petroleum project. The customary usage of a default under an industry joint operating agreement is limited to a party’s failure to meet its obligation to make payment when due.¹³⁴ Any failure by a party to comply with the other terms and obligations of the joint operating agreement is dealt with in the general liability provisions of the joint operating agreement, and any allegations of an operator’s failure to meet its obligations is subject to the operator’s liability regime. In this narrow context of a default, joint operating agreements typically define what constitutes a default by a party and prescribes the process for dealing with that default by reference to one or more specified forms of remedy. [...] In order to ensure the continuity of operations, joint operating agreements usually prohibit the right of a defaulting party to offset any amounts that might be due to it from any of the non-defaulting parties in order to reduce the amount in default. This restriction typically also applies to claims that a defaulting party might have against another party, including the operator. This no offset provision is based on the frequently cited industry principle that a party must ‘pay now, argue later.’ The global petroleum industry has developed a number of model contracts through its various business organisations that reflect widely accepted customary industry practices or trade usages. One of the most significant model contracts used in the upstream business is for joint operations. [...] The AIPN Model contains the fundamental joint operating agreement principles regarding default as described above. Article 8 of the AIPN Model joint operating agreement reflects customary industry practice on how parties deal with default in the international oil and gas industry. [...] At no time was the forfeiture remedy

472. A decisão do tribunal foi colocada à prova posteriormente perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro. A parte inadimplente ajuizou pedido de tutela cautelar buscando interromper a operação de transferência de sua participação no consórcio operador do campo em questão junto à Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). A Justiça Federal afirmou que: “*o quanto já decidido é suficiente para as consequências jurídicas imediatas no Brasil.*” Segundo a decisão, o fato de o tribunal arbitral já ter decidido sobre a “*validade e eficácia imediatos da notificação de retirada (withdrawal)*”, tornava improcedente qualquer pedido de suspensão da transferência.⁸⁰⁵

473. Esse caso, por se tratar de decisão proferida por tribunal arbitral regido pela lei estrangeira, naturalmente traz consigo um aspecto internacional. Além disso, a decisão, ao examinar a questão da validade da cláusula de *forfeiture* sob o prisma das fontes consuetudinárias do direito do comércio internacional, tempera a lei brasileira, adequando-a às expectativas do comércio internacional e trazendo para dentro da análise da legalidade do dispositivo (de acordo com o direito brasileiro) a metodologia internacionalista ora proposta.

474. Como se vê, diversos precedentes, oriundos de cortes cuja lei deriva de diversas culturas, reconhecem, de alguma forma, o mérito da metodologia proposta. Esses precedentes servem de inspiração para o desenvolvimento de uma metodologia hermenêutica verdadeiramente internacional, privilegiando os fins e interesses do comércio internacional.

3.2.3. LIMITES DA HERMENÊUTICA PROPOSTA

475. As fontes do direito do comércio internacional impõem alguns limites para o método internacionalista de interpretação e integração dos contratos comerciais internacionais. Esta imposição está intrinsecamente ligada ao papel do direito doméstico como fator limitador da hermenêutica internacionalista do contrato comercial internacional.

replaced or eliminated in the AIPN Model joint operating agreement. Instead, all four versions contained a forfeiture provision, which has remained essentially the same throughout the redrafts. As a result, it can be concluded that the total forfeiture of a defaulting party's interest was the primary international industry practice up to the year 2000, and is still likely the case today.” LCIA Arbitration UN 173772, decisão de 24 de setembro de 2018, p. 37-40.

⁸⁰⁵ Cf. TRF-2. Processo nº. 5040378-74.2019.4.02.5101. Decisão proferida pelo Juiz Rogério Carvalho, da 28ª Vara Federal, em: 5 jul. 2019.

476. Como visto acima, uma das grandes críticas feitas à doutrina que defende a plena autonomia do contrato comercial internacional é sua desconexão com uma realidade intrínseca do direito do comércio internacional: a relevância do direito doméstico. A realidade é que, hoje, as partes ainda preferem optar pela aplicação de um direito doméstico aos seus contratos.

477. Há, portanto, uma tensão real entre, por um lado, a necessidade de mitigação do *border effect* – através da redução dos efeitos da pluralidade de ordens jurídicas nos contratos comerciais internacionais – e, de outro, a sensação (em certo ponto, subjetiva) de segurança que as partes sentem ao repousar sua avença em um sistema legal doméstico.⁸⁰⁶ Todavia, as propostas que sugerem uma total autonomia entre o contrato do comércio internacional e o direito doméstico não resolvem, plenamente, essa tensão.

478. Muitas vezes, aqueles que defendem uma perspectiva puramente autônoma do contrato comercial internacional preferem seguir um de dois caminhos: ou limitam a possibilidade de adoção da chamada *lex mercatoria* em caso de escolha positiva (*i.e.* quando as partes escolhem, expressamente, reger seus contratos pela *lex mercatoria*) ou negativa (*i.e.*, quando as partes não optam por nenhuma lei aplicável ao contrato); ou defendem que a perspectiva autonomista dos contratos comerciais internacionais se sobrepõe à escolha de lei entre as partes, muito por conta da necessidade de proteção de interesses maiores do que os das partes do contrato.⁸⁰⁷

479. Ambas as abordagens, contudo, parecem problemáticas. Primeiro pois ter duas metodologias hermenêuticas para o mesmo instrumento – o contrato comercial internacional –

⁸⁰⁶ “Given the acceptance of party autonomy in such a wide range of choice-of-law categories, one is bound to assume that it is supported by a common denominator. It has been argued that the parties’ freedom of choice is justified by the need for legal certainty and predictability, by a ‘subjective theory of the proper law,’ or ‘for want of a better solution’. That does not explain, however, why there are areas of conflicts law in which the parties’ freedom of choice is either limited or non-existent, while there are other areas in which the need for predictable solutions is met by clear-cut uniform conflicts rules.” DE BOER, Theodorus Martinus. “Party autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation”. *Yearbook of Private International Law*. V. 9, p. 20, 2007.

⁸⁰⁷ “The claim that there is an autonomous transnational commercial law can be understood in many different ways. In its least controversial form, the claim could merely be that commercial customs and usages should be recognized and used to define the contractual obligations of the parties in the absence of other written indications of intent.6 The applicable national commercial law would either allow the incorporation of business norms in private contracts, or provide for their direct application in certain defined circumstances. [...] *Lex mercatoria* scholars have made, since the 1960s, a much broader and more far-reaching claim. Not only do these scholars recognize that commercial actors may autonomously produce some norms, they further argue for far greater autonomy from national legal orders. They do not limit the scope of *lex mercatoria* to those instances in which states have traditionally allowed business norms to be taken into account, but have instead claimed that business norms could be the only source of applicable rule, entirely displacing national commercial law.” CUNIBERTI, Gilles. “Three Theories of *Lex Mercatoria*”. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 52, n. 1, p. 374, 2013.

não garante, de forma adequada, a segurança jurídica. A lei não deveria tratar o mesmo instituto sob duas perspectivas diferentes (e por vezes antagonistas), sob pena de gerar absoluta incerteza às partes sobre que método será adotado na interpretação e integração de sua avença.

480. Segundo pois ignorar a vontade das partes também viola diretamente as regras de conflito que autorizam as partes a optarem pela lei aplicável ao seu contrato.⁸⁰⁸ *In ultima ratio*, tal caminho leva, inclusive, ao risco de invalidade ou inexecutabilidade de eventual sentença (judicial ou arbitral) adotando essa abordagem.⁸⁰⁹

481. Por isso, a construção de um método hermenêutico completo para a interpretação e integração dos contratos comerciais internacionais torna imperativo o correto posicionamento do direito doméstico nessa dogmática. O método pregado por Gaillard – e adotado pela metodologia ora defendida – dá enorme importância à comparação entre os diversos regimes domésticos na averiguação das idiosincrasias do direito doméstico. Todavia, ele não indica se o direito doméstico tem função na sua metodologia.

482. Tal construção exige, contudo, que essas normas sejam posicionadas, de alguma forma, dentro da lógica sistemática. O direito doméstico não só é tradicionalmente visto como elemento fundamental do direito internacional privado (na medida que a função das regras de conflito é, justamente, determinar que lei doméstica seria aplicável a um determinado contrato), mas também como elemento limitador do método conflitual clássico.⁸¹⁰

⁸⁰⁸ “*Nous tenons, pour notre part, que la volonté des parties est une condition nécessaire, encore que non suffisante, de l’application de la lex mercatoria par une autorité étatique. En aucun cas un juge ne nous paraît pouvoir y recourir en se fondant simplement sur une localisation objective du contrat.*” LAGARDE, Paul. *Approche Critique de la Lex Mercatoria*. In: FOUCHARD, Philippe et al. *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, 1982. p. 144.

⁸⁰⁹ Cf., e.g., STJ. SEC 9.412/US. Rel.: Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. em 19/04/2017, onde o relator afirma que: “*Assim, considerando que o direito brasileiro – eleito pelas partes para regular a relação contratual e a arbitragem – não autoriza a condenação na obrigação de indenizar em valor que supere os efetivos prejuízos suportados pela vítima, a sentença arbitral extrapolou os limites da convenção de arbitragem, devendo ser recusada a pretendida homologação nesta parte, consoante prevê o art. 38, IV, da Lei de Arbitragem.*”

⁸¹⁰ “*Ensuite le même caractère ‘nécessairement général’ implique que la désignation de la loi étrangère est globale : la règle de conflit n’indique pas quelles règles elle désigne à l’intérieur de l’ordre juridique étranger. L’on ne peut exclure d’y rencontrer une ‘loi de police’, ni même une règle de droit public dont l’application paraît nécessaire du point de vue de l’ordre juridique considéré, à l’espèce soumise au juge du for. A l’heure actuelle, l’application de l’une comme de l’autre ne sont pas en principe systématiquement rejetées.*” JACQUET, Jean-Michel. *La Norme Juridique Extraterritoriale dans le Commerce International*. *Journal du Droit International*, v. 112, n. 2, p. 327-405, 1985.

483. Essa função limitadora é tradicionalmente exercida pela ordem pública.⁸¹¹ Ela sempre foi vista como “*válvula de escape*”⁸¹² do método conflitual. Seu papel é justamente proteger os princípios mais basilares do direito doméstico do foro, de forma a evitar que a aplicação da lei estrangeira conflitasse com as bases da norma municipal.⁸¹³

484. Ao longo do tempo, as normas de direito internacional privado passaram a reconhecer, ainda, a aplicação extraterritorial de outras regras fundamentais do direito doméstico, denominadas pela doutrina moderna como “*overriding mandatory provisions*”.⁸¹⁴ Essas regras também têm função relevante no direito internacional privado moderno, “*perturbando*” a aplicação das normas de conflito no mundo atual.⁸¹⁵

485. Para construir um método hermenêutico sólido deve-se examinar o papel desses dois institutos. Não fazê-lo seria ignorar não só a sua relevância para o funcionamento do direito internacional privado coordenativo, como também a própria relevância do direito doméstico para a interpretação e integração dos contratos comerciais internacionais. Até porque a função limitadora do direito doméstico é amplamente reconhecida no direito internacional privado comparado.

⁸¹¹ “*In virtually all choice-of-law systems, a court may refuse to apply the otherwise applicable foreign law to the extent that its application is manifestly incompatible with the public policy of the forum state.*” SYMEONIDES, Symeon. Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 384, 2017. p. 331.

⁸¹² “*Public policy (ordre public in French) is the escape device par excellence.*” HARTLEY, Trevor. The Modern Approach to Private International Law. International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 319, 2006. p. 193.

⁸¹³ “*In civil law systems the fundamental principles of ordre public constitute the main grounds of the legal system and also of the social order of a State, while in the common law systems the concept of public policy is broader and comprises to a certain degree some political and social interests of that State.*” FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Public Policy: Common Principles in the American States. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 379, 2016. p. 102-103.

⁸¹⁴ Faz-se preferência pelo uso da expressão inglesa *overriding mandatory provisions* em razão do fato de expressar um significado razoavelmente uniforme nos textos de direito internacional escritos sob a língua de Shakespeare, e pelo fato de ser a expressão usada no Artigo 9 do Regulamento Roma I, que trata do tema de forma bastante progressista. As demais expressões, como a portuguesa “*normas de aplicação imediata*”, ou a francesa “*lois de police*” – ou até mesmo a referência ocasional à “*mandatory rule*” – poderiam, eventualmente, causar confusão com outros institutos de natureza diversa, ou com conceitos oriundos do direito doméstico.

⁸¹⁵ “*Así, las leyes de policía introducen una cierta perturbación en el funcionamiento de la norma de conflicto, al restringir su ámbito y contravenir sus efectos.*” JACQUET, Jean-Michel. “La Aplicación de las Leyes de Policía en Materia de Contratos Internacionales”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, v. 10, p. 36, 2010.

486. Começando pelo Brasil,⁸¹⁶ o artigo 17 da LINDB afirma que “[a]s leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.” Regra similar encontra-se no artigo 2º da Lei de Arbitragem, que afirma que a autonomia conflitual das partes (*i.e.*, o poder de escolher a lei aplicável) está sujeita à ausência de “violação aos bons costumes e à ordem pública.” Segundo Carlos Alberto Carmona, significa dizer que a eficácia da escolha de lei estrangeira (ou de outra regra de direito, ou até da equidade) fica sujeita a considerações sobre violação da ordem pública internacional brasileira.⁸¹⁷

487. A sistemática similar foi adotada, também, na Convenção de Roma. Seu artigo 16 previa que “[t]he application of a rule of the law of any country specified by this Convention may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.” Mas a Convenção de Roma trouxe, ainda, uma segunda “válvula de escape”: a superimposição de determinadas normas mandatórias sobre a lei aplicável, conforme previsto no artigo 7º da Convenção.⁸¹⁸

488. O Regulamento Roma I, que a substitui, mantém o mesmo racional. Além do papel limitador da ordem pública,⁸¹⁹ o Regulamento reconhece, também, função limitadora das

⁸¹⁶ “Assim, no direito brasileiro, o conceito está presente no principal estatuto de direito material que versa sobre conflitos de leis, no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil”. SOARES, Guido. A ordem pública nos contratos internacionais. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 420.

⁸¹⁷ “Sendo considerada inadmissível a escolha das partes relativamente às regras de direito a serem aplicadas pelo árbitro, por violação à ordem pública, considerará este ineficaz a escolha, procedendo ao julgamento com a aplicação das normas que entender adequadas, sem que a ineficácia da escolha da lei afete a validade do pacto arbitral. Se tocar ao juiz resolver a questão, este limita-se a recusar eficácia à escolha das partes (negando-se a aplicar ou efetivar as consequências decorrentes da aplicação da lei estrangeira). Por fim, se a sentença arbitral for proferida com violação à ordem pública, será caso de anulá-la nos termos e na forma da Lei de Arbitragem.” CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Comentários à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 71.

⁸¹⁸ Art. 7. 1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application. 2. Nothing in this Convention shall restrict the application of the rules of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the contract.

⁸¹⁹ Art. 21 The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.

overriding mandatory provisions, afirmando, em seu artigo 9º, que elas devem ser observadas pelo julgador na determinação das normas aplicáveis ao contrato.⁸²⁰

489. Essas regras deixam claro que qualquer hermenêutica internacionalista não deve ultrapassar os limites impostos pelas *overriding mandatory provisions* e pelas normas de ordem pública. Do contrário, põe-se em risco a solidez do método proposto, na medida em que ignorar esses institutos pode resultar na produção de um ato jurídico inexecutável no plano internacional.

490. Por isso, esse capítulo se dedicará a conceituação e ao posicionamento das (1) *overriding mandatory provisions*; e da (2) ordem pública internacional na hermenêutica ora erigida. Ao longo do caminho, buscar-se-á não só determinar que normas servem como limite para a interpretação internacionalista ora defendida, mas também explicar como esse limite deve ser identificado e aplicado pelo operador do direito.

3.2.3.1. *OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS*

491. A primeira categoria de normas que impõem uma limitação à interpretação internacionalista ora proposta é a das chamadas *overriding mandatory provisions*. Essas regras podem ser definidas como normas de direito doméstico que se sobrepõem à lei aplicável e servem para proteger um interesse considerado fundamental pelo Estado.⁸²¹

492. A concepção da teoria das *overriding mandatory provisions* no direito internacional privado pode ser atribuída à Savigny. Em seu tratado, Savigny afirma que uma das exceções ao

⁸²⁰ Art. 9 (1) Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation. (2) Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum. (3) Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

⁸²¹ “Overriding mandatory rules are those rules, present in every legal system, which aim to protect interests considered paramount by the legal system to which they belong and which, according to that system, must be applied regardless of the governing law of the case at issue, irrespective of whether the governing law results and from a choice of the parties or from the rules of conflict of laws” BROZOLO, Luca Radicati di. “When, Why and How Must Arbitrators Apply Overriding Mandatory Provisions? The Problems and Proposal”. In: FERRARI, Franco (ed.) *Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*. Nova York: Jurisnet, 2017, p. 353.

método conflitual clássico é, justamente, a aplicação de normas imperativas de característica fundamental ao sistema jurídico de um determinado Estado.⁸²²

493. A primeira categoria posta por Savigny dava conta da possibilidade de aplicação de leis imperativas que se aplicariam independentemente do resultado atingido pela regra de conflito de leis no espaço. Ao definir essas regras, Savigny afirma que essas normas não são equivalentes às normas cogentes usuais do sistema doméstico, na medida em que as normas imperativas internacionais têm caráter excepcional.⁸²³

494. Esse trecho inaugura a distinção entre normas cogentes e *overriding mandatory provisions*. Na visão de Savigny, as normas cogentes domésticas (assim como as regras dispositivas) não possuem força extraterritorial; apenas as regras imperativas a que o Estado atribua efeito extraterritorial devem afastar o método conflitual clássico.

⁸²² “Our inquiry has now brought us to this result, that in deciding cases (legal relations) which come in contact with different independent states, the judge has to apply that local law to which the case (legal relation) pertains, whether it is the law of his own country or the law of a foreign state. But this principle must be limited with respect to many kinds of laws, whose peculiar nature does not admit of so free an application of the community of law obtaining between different states. Where there are such statutes, the judge will have to apply the domestic law more exclusively than that principle allows, and must, on the other hand, leave the foreign law unapplied, even where that principle would justify its application. Thence arises an important class of exceptions, to determine the limits of which is perhaps the most difficult part of this subject. The often-unconscious respect paid by writers to these exceptions has not a little contributed to hinder the unanimous recognition of the rules which are limited by them. If it were possible satisfactorily to establish and ascertain the extent of these exceptions, many disputes as to the rules themselves would be prevented or brought to an end. I will endeavour to reduce such exceptions to two classes: A. Laws of a strictly positive, imperative nature, which are consequently inconsistent with that freedom of application which pays no regard to the limits of particular states. B. Legal institutions of a foreign state, of which the existence is not at all recognised in ours, and which, therefore, have no claim to the protection of our courts.” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. Op. Cit., p. 76-77.

⁸²³ “It might be supposed that the distinctions of absolute and dispositive (suppletory) rules of law would here suffice; but that would be a mistake. It is true that this distinction has some bearing upon the question, in so far as a merely dispositive rule of law can never be among these exceptional cases. It would, on the contrary, be quite incorrect to ascribe to all absolute laws such a positive and obligatory nature, that they must be classed among the exceptional cases. Thus e.g. every law as to the beginning of majority is an absolute statute, because it does not operate merely in defect of a private choice otherwise disposing; yet all are agreed that it can unquestionably take effect beyond the limits of the state in which it is enacted. Whether any law is to be reckoned among the exceptional cases depends principally on the purpose of the legislator. If he has expressly declared his intention on this point, this declaration must receive effect; for it possesses the character of a law as to collision, which must always be unconditionally followed.” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. Op. Cit., p. 77-78. Neste mesmo sentido: “All such statutes are among the exceptional cases, so that, in regard to their application, every state appears completely separate and distinct. If, therefore, the law of our state forbids polygamy, our judges must refuse the protection of the law to the polygamous marriages of foreigners, to whom they are permitted by the law of their own country.” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. Op. Cit., p. 79.

495. Mas Savigny reconhece que nem sempre uma declaração expressa existe.⁸²⁴ Por isso, o autor investiga que normas teriam efeitos extraterritoriais, chegando à conclusão de que as *overriding mandatory provisions* são aquelas que possuem valor moral em sua justificação.⁸²⁵

496. Phocion Francekakis foi o primeiro autor contemporâneo a se preocupar com sua dogmática. Segundo o autor grego, as *overriding mandatory provisions* são partes integrais do sistema jurídico internacional contemporâneo.⁸²⁶ Os ensinamentos de Francekakis influenciaram bastante a lei francesa, que desenvolveu bastante a normativa das chamadas *lois de police*.⁸²⁷

⁸²⁴ “But such an express declaration is generally wanting, and then nothing remains but to have recourse to the differences among absolute laws themselves” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880, p. 78.

⁸²⁵ “One class of absolute laws has no other reason and end than to secure the administration of justice by certain fixed rules, so that they are enacted merely for the sake of persons who are the possessors of rights. Among these are laws which limit the capacity to act on account of age, sex, etc.; also those as to the transference of property (by mere contract or by tradition). In respect of all such statutes there is no reason for including them among the exceptional cases. The conflicts occurring in regard to them can be better adjusted on the principle of the freest community of law; for every state can unquestionably allow foreign laws of this description to have effect within its bounds. Another class of absolute statutes, on the contrary, has its end and object beyond the province of pure law apprehended in its abstract existence, so that they are enacted not merely for the sake of the persons who are the possessors of rights. Laws of this class may rest on moral grounds. Such is every marriage law which excludes polygamy. They may also rest on reasons of public interest (*publica utilitas*), whether these relate to politics, police, or political economy.” SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. Op. Cit., p. 78. No fim do segundo parágrafo, Savigny usa como exemplo de *lois de police* “laws which restrict the acquisition of immoveable property by Jews. Savigny também usa essas regras como exemplo de aplicação das *overriding mandatory rules*: “If our law forbids to Jews the acquisition of landed property, our judges must forbid such acquisition not only to native Jews, but also to those foreign Jews in whose state there is no such prohibition; although, according to the general rules as to collisions, personal capacity for having rights and for acting must be determined according to the law of the domicile of the person. But, conversely, the foreign state whose law lays no such restriction upon Jews will admit Jews belonging to our state to possess landed property, without respect to the restrictive laws of their personal domicile” (p. 79). Esses trechos demonstram um dos problemas gravíssimos do particularismo – seu caráter invariavelmente preconceituoso e xenófobo.

⁸²⁶ “Pour essayer de mettre de l’ordre dans les idées, il faut commencer par réfléchir sur la nature des lois d’application immédiate dans notre propre système. C’est cette nature qui nous éclairera sur le sort à réserver aux lois étrangères du même type.” FRANCEKAKIS, Phocion. Quelques Précisions sur les ‘Lois d’application Immédiate’ et Leurs Rapports avec les Règles de Conflits de Lois. *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 55, n. 1, p. 12, 1966.

⁸²⁷ Sobre o conceito de *lois de police* no direito francês, Henri Batiffol e Paul Lagarde afirmam que: “La mise en lumière de la méthode de traitement des lois de police s’est faite assez lentement à l’époque moderne. Le phénomène a d’abord été observé, surtout dans le domaine contractuel. Des auteurs perspicaces ont remarqué que le juge imposait l’application de certaines règles impératives du for à l’encontre de la loi étrangère normalement compétente, par exemple la nécessité d’une autorisation administrative de licenciement dans le cas d’un contrat de travail exécuté sur le territoire du for, et ils on explique cette solution par l’idée que ces règles faisaient l’objet d’un rattachement spécial, différent du rattachement général permettant de déterminer la loi du contrat. Ils en on déduit, par un raisonnement de type bilatéraliste, que dans l’hypothèse inverse d’un contrat soumis à la loi du for, mais exécuté à l’étranger, ces règles impératives de la loi du for ne devaient pas

497. A jurisprudência da *Cour de Cassation* teve papel importantíssimo no desenvolvimento da regra no direito comparado, em especial na segunda metade do século XX. Um dos principais *leading cases* sobre o tema na jurisprudência francesa é a decisão da *Cour de Cassation* no *Arrêt Royal Dutch*.⁸²⁸

498. Em 1944, o governo holandês sujeitou a validade de títulos emitidos por companhias holandesas durante a Segunda Guerra a um procedimento de validação. Os detentores desses títulos deveriam requerer a validade do título antes de 31 de dezembro de 1951. Vários credores franceses detentores de *bonds* emitido pela *Royal Dutch Shell* perderam o prazo e ajuizaram ação perante as cortes francesas requerendo o restabelecimento da validade de seus títulos.

499. *A Cour d'Appeal de Paris*, em decisão de 21 de dezembro de 1962, decidiu em favor dos credores. Todavia, a *Cour de Cassation*, em decisão de 16 de janeiro de 1966, anulou a decisão, afirmando que a decisão interpreta inadequadamente o conceito de *lois de police*.⁸²⁹ Segundo a *Cour de Cassation*, a lei holandesa não constituiria norma expropriatória.⁸³⁰

être appliquées, puisque le rattachement spécial les concernant (ici le lieu d'exécution du travail) était localisé à l'étranger. Cette notion de rattachement spécial, dans être complètement abandonnée, risqué de provoquer un dépeçage de la loi du for que ne réclame pas toujours la loi étrangère désignée à l'aide du rattachement spécial, et du même coup de créer une lacune dans le statut contractuel. Aussi les auteurs contemporains préfèrent-ils le recours, caractéristique d'un raisonnement unilatéraliste, à la notion de loi de police que leur permet, lorsqu'une règle impérative, comprend la relation soumise au juge dans son champ d'application, et dans ce cas seulement, de faire prévaloir cette règle sur la loi normalement applicable à cette relation, mais qui les conduit en revanche à laisser s'appliquer intégralement cette loi dans toutes ses dispositions, dans le cas contraire.” BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8ème ed. Paris: LGDJ, 1993. p. 426-427.

⁸²⁸ *Arrêt Royal Dutch*. Cour de Cassation, Chambre civile 1, decisão de 25 de janeiro de 1966. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006970530>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸²⁹ “[N]e sauraient être regardées comme étant en contradiction avec le principe d'ordre public énoncé par ce texte, les mesures prises par un état étranger, relativement a des titres émis par des sociétés relevant de sa compétence législative, à seule fin de remédier et de mettre un terme a une situation née de l'occupation de son territoire par les armées d'une puissance ennemie et qui, suivant une procédure de validation de ces titres, dont l'existence et les modalités ont été, par des avertissements répétés, portées a la connaissance des porteurs étrangers, ont abouti, après l'expiration d'un délai plusieurs fois prorogé, a la déchéance des droits d'actionnaire de ceux qui n'avaient pas respecté les obligations prescrites, et au transfert de ces droits à l'état étranger”. *Arrêt Royal Dutch*. Cour de Cassation, Chambre civile 1, decisão de 25 de janeiro de 1966. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006970530>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸³⁰ “[L]’arrêt royal en cause, pris, comme le relevé l’arrêt attaque lui-même, en conformité des principes affirmés par la Déclaration de Londres du 5 janvier 1943 et les Accords de Bretton-Woods de juillet 1944, auxquels la France a été partie, ‘n’a pas eu pour objet d’instituer une véritable nationalisation ou une expropriation sans indemnité compensatrice’, mais de remédier, par des mesures qui n’avaient nullement ce caractère, aux effets des spoliations commises aux Pays-Bas par la puissance occupante”. *Arrêt Royal Dutch*. Cour de Cassation, Chambre civile 1, decisão de 25 de janeiro de 1966. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006970530>. Acesso em: 16 abr. 2023.

500. Da experiência francesa, a função limitadora das *overriding mandatory provisions* tomou o continente europeu. A Convenção de Roma e o Regulamento Roma I reconhecem nas *overriding mandatory provisions* exceções ao direito internacional privado clássico.⁸³¹

501. Ademais, algumas das fontes não-estatais do direito dos contratos comerciais internacionais também dão relevância às *overriding mandatory provisions* na sua hermenêutica. É o caso dos Princípios do UNIDROIT, por exemplo, que prevê, em seu artigo 1.4,⁸³² a observância dessas normas na coordenação de fontes necessária para a interpretação e integração dos contratos comerciais internacionais.⁸³³

502. A primeira questão envolvendo as *overriding mandatory provisions* é os critérios para sua identificação – um dos principais desafios da doutrina contemporânea.⁸³⁴ Da perspectiva internacionalista, o sistema normativo se divide em três escalas: normas dispositivas, normas cogentes e *overriding mandatory provisions*.⁸³⁵

503. Neste contexto, a doutrina geralmente categoriza esses critérios em duas naturezas: origem e objeto.⁸³⁶ Quanto à sua origem, estas normas podem ser oriundas da lei aplicável ao

⁸³¹ “Mandatory rules are laws that purport to apply irrespective of a contract’s proper law or the procedural regime selected by the parties.” BARRACLOUGH, Andrew; WAINCYMER, Jeff. “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, n. 2, p. 205-244, 2005.

⁸³² Art. 1.4. Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.

⁸³³ “Accordingly, in the context of the UNIDROIT Principles, the Principles would be applicable exclusively, however, subject to the intervention of those rules demanding immediate application because of a particular important governmental interest of a state with which the contract has a close connection.” OSER, David. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?* Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 144.

⁸³⁴ “One of the most difficult problems in this field is the characterization of cogent legal norms as overriding mandatory rules and the delimitation of such provisions from other norms of a cogent nature. There is some agreement in the European discussion of the topic that internationally mandatory provisions differ from merely nationally mandatory rules by their goals of economic, social and public policy in contrast to the latter’s attempt to justly balance the interests of parties of private contracts. Nevertheless, the characterization of such provisions in a specific case often-times turns out to be difficult, and it does not come as a surprise that the results reached in the European jurisdictions on this question differ to a considerable extent”. ELLGER, Reinhardt. “Overriding Mandatory Provisions”. In: BASEDOW, Jürgen et al. *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. V. II. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1.230.

⁸³⁵ “The picture derived from the above is threefold: some rules (default rules) may be derogated from by simple agreement even in domestic contracts; some rules (mandatory rules) may not be derogated from by agreement, but may be excluded by choice of law if the contract is international; and some rules (overriding mandatory rules) remain applicable even though the contract is international and is subject to another law.” CORDERO-MOSS, Giuditta. “EU Overriding Mandatory Provisions and the Law Applicable to the Merits”. In: FERRARI, Franco (ed.) *Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*. Nova York: Jurisnet, 2017, p. 322.

⁸³⁶ “[T]he interfering mandatory rules may be of a very different character, in two respects. First: As to their origin. [...] Second: As to their policies and cultural values or social interests that aim to be protected”.

contrato (como determinado pela vontade das partes ou por uma regra de conflito), da lei do foro da disputa ou de uma terceira lei que tenha especial vínculo com o contrato.⁸³⁷

504. Logo, o intérprete deverá verificar se há alguma *overriding mandatory rule* tanto na lei do foro, quanto na lei aplicável, que interfira, de alguma forma, na solução da disputa.⁸³⁸ Essa identificação nem sempre é fácil, mas o hermeneuta deve buscar, no ordenamento jurídico doméstico, indicações de que tais normas são consideradas mandatórias.⁸³⁹

505. Maior dificuldade está na identificação de *overriding mandatory provisions* de leis de um terceiro país.⁸⁴⁰ Que critério deve o julgador utilizar para determinar se as *overriding mandatory provisions* de uma terceira lei devem ser aplicadas no caso concreto?

506. O debate foi inaugurado com o artigo 7(1) da Convenção de Roma. Esse dispositivo não dava ao operador do direito indicativo de qual lei teria vínculo relevante com o contrato, de tal forma que suas *overriding mandatory provisions* pudessem ser aplicadas.⁸⁴¹ Talvez por isso o uso dessa prerrogativa fosse extremamente raro.⁸⁴²

BLESSING, Marc. “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration”. *Journal of International Arbitration*, v. 14, n. 4, p. 28-29, 1997.

⁸³⁷ Para um exame mais detalhado dessas três modalidades, Cf. NYGH, Peter. *The Reasonable Expectations of Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and Tort*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 251, 1995. p. 386-390.

⁸³⁸ “Il n'est guère contestable que, si le législateur du for estime qu'un intérêt pressant s'attache au respect de l'une de ses lois dans une situation déterminée, la loi doit être appliquée, même si la situation relève normalement de la compétence d'une loi étrangère” MAYER, Pierre. Les Lois de Police. In : *Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé – Journée du Cinquantenaire*. Travaux du Comité français de droit international privé, 1988, p. 108.

⁸³⁹ “One problem that arises in this context is that it is often difficult to identify the overriding mandatory rules, as their nature is normally not explicitly stated in their wording but depends rather on a more-or-less speculative interpretation of the intentions of the national legislator in question.” BOGDAN, Michael. “Foreign Public Law and Article 7(1) of the Rome Convention: Some Reflections from Sweden”. In : *Vers de Nouveaux Équilibres entre Ordres Juridiques : Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*. Paris: Dalloz, 2008, p. 339.

⁸⁴⁰ “However, the big debate and disagreement has not been about the treatment of overriding mandatory rules of the forum but rather about those of other countries.” HELLNER, Michael. “Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles”. *Journal of Private International Law*, v. 5, n. 3, p. 448, 2009.

⁸⁴¹ “Article 7 (1) deals with internationally mandatory rules of foreign countries and permits, but does not require, the forum to give effect to them, even if the contract is governed by the law of another country. In considering whether to do so, the forum must have regard to “their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application”. HARTLEY, Trevor. Mandatory rules in international contracts: the common law approach. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 266, 1997. p. 370.

⁸⁴² “In fact, evidence as to the impact of this provision is notably lacking. There is little tangible evidence as to how the discretion to apply third state mandatory rules is applied in practice; and as to its effects upon the autonomy of the parties and their choice of where to conduct business.” HARRIS, Jonathan. “Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation”. In: FERRARI, Franco; LEIBLÉ, Stefan. *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munique: Sellier, 2009, p. 282.

507. Quando dos debates que levaram à promulgação do Regulamento Roma I, o Governo Britânico – insatisfeito com a regra contida no artigo 7(1) da Convenção de Roma – buscou limitar sua aplicação.⁸⁴³ Dessa proposta nasceu o artigo 9(3) do Regulamento Roma I, que limita esta possibilidade à aplicação da “*lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas*” e apenas na medida em que a execução do contrato seja ilegal de acordo com essas *overriding mandatory provisions*.

508. Entretanto, parte da doutrina afirma que outras leis de outros Estados podem ser consideradas, também, no exame da interpretação e integração do contrato internacional. Segundo George Bermann, contudo, essa prerrogativa é excepcional.⁸⁴⁴

509. A *European Court of Justice* (ECJ) – cuja função é interpretar e uniformizar a aplicação das normas comunitárias⁸⁴⁵ – teve a oportunidade de examinar a questão em 2016, no caso *Nikiforidis*.⁸⁴⁶ O autor era professor de uma escola grega localizada em Nuremberg, na Alemanha, quando o Parlamento Grego adotou diversas leis para redução do déficit público que, entre outras medidas, reduziram o salário de funcionários públicos – incluindo os professores da rede pública como o Sr. Nikiforidis.

510. O autor, então, ajuizou demanda perante as cortes alemães buscando indenização pela redução de salário no período entre outubro de 2010 e dezembro de 2012. Depois de uma decisão desfavorável ao autor em primeira instância, a *Bundesarbeitsgericht* – a corte federal trabalhista alemã – decidiu que não só teria jurisdição sobre a República da Grécia, mas que a relação em questão era regida pela lei alemã, que não autorizaria a redução salarial.

⁸⁴³ “When the Rome I Regulation was discussed and prepared the British government did not like a general exception clause of the former Rome Convention and asked to reduce it to overriding mandatory provisions of the country ‘where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed’” SIEHR, Kurt. “International Contracts, Party Autonomy and Mandatory Rules”. *Révue Hellenique de Droit International*, v. 67, n. 2, p. 820, 2014.

⁸⁴⁴ “The situation resembles that in which a national court judge in country A, whose choice of law rules ordinarily point to application of the substantive law of country B (as when the parties designated the law of country B in their contract as applicable), chooses to give effect to the law of country C, which is neither the forum nor the country of the otherwise applicable law. Both the Rome I Regulation, in Article 9.3 and the Restatement (Second) of Conflict of Laws invite precisely such a step, though only in exceptional circumstances.” BERMANN, George. “Mandatory rules of law in international arbitration”. In: FERRARI, Franco; KRÖLL, Stefan. *Conflict of Laws in International Arbitration*. Berlim: De Gruyter, 2010, p. 332.

⁸⁴⁵ Cf. <https://european-union.europa.eu>. Acesso em: 16 abr. 2023. Nesta mesma linha: “No rule of law is complete and we shall discuss the important role played by the Court of Justice of the European Communities in further clarifying the law by its authentic interpretation later.” SCHERMERS, Henry. “The Role of the European Court of Justice in the Harmonisation and Unification of European Law. *Op. Cit.*, p. 4.

⁸⁴⁶ *Nikiforidis* (Caso C-135/15 [2015] ECLI:EU:C:2016:281).

511. Antes de tomar sua decisão, contudo, a *Bundesarbeitsgericht* buscou a opinião da ECJ se deveria aplicar a lei grega como *overriding mandatory rule*, nos termos do artigo 9 do Regulamento Roma I. Em sua análise, a ECJ estabelece, primeiro, o conceito de *overriding mandatory rule* para fins do Regulamento Roma I, afirmando que estas são normas que servem a um interesse especial do Estado.⁸⁴⁷

512. Ao examinar o escopo do artigo 9(3) do Regulamento, a ECJ conclui que o julgador pode levar em consideração as *overriding mandatory provisions* de Estados que tenham conexão com a disputa.⁸⁴⁸ Na visão da corte, ainda que o artigo 9(3) do Regulamento Roma I adote interpretação restritiva,⁸⁴⁹ ele autoriza o julgador a considerar outras *overriding mandatory provisions* pertinentes para a disputa.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ “The concept of overriding mandatory provisions operates in the legal literature on private international law and in the case-law of many States. They are provisions which serve to attain the special interests of the State concerned and which, on account of their objective, apply regardless of the law governing the legal relationship under examination. In other words, those provisions themselves determine their scope, which cannot be restricted even where conflict-of-law rules designate other law as applicable to the assessment of the legal relationship concerned.” *Nikiforidis* (Caso C-135/15 [2015] ECLI:EU:C:2016:281).

⁸⁴⁸ “In the light of all the foregoing considerations, the answer to the second and third questions is that Article 9(3) of the Rome I Regulation must be interpreted as precluding overriding mandatory provisions other than those of the State of the forum or of the State where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed from being applied, as legal rules, by the court of the forum, but as not precluding it from taking such other overriding mandatory provisions into account as matters of fact in so far as this is provided for by the national law that is applicable to the contract pursuant to the regulation.” *Nikiforidis* (Caso C-135/15 [2015] ECLI:EU:C:2016:281).

⁸⁴⁹ “Similmente, in una ancor piú recente sentenza, facendo riferimento alla disposizione del regolamento Roma I in cui sono disciplinate le norme di applicazione necessaria, ha affermato che ‘[i]n quanto misura derogatoria, l’articolo 9 di detto regolamento deve essere interpretato restrittivamente’.” ZARRA, Giovanni. Autonomia negoziale e norme inderogabili secondo il regolamento ‘Roma I’. *Rassegna di Diritto Civile*, v. 39, n. 1, p. 229-255, 2018. p. 236.

⁸⁵⁰ Na doutrina alemã, essa técnica é conhecida como *zweistufige Theorie*, ou teoria do duplo escalonamento: “Según há podido observarse, la teoría del doble escalón está emparentada com lá materialización que implica el juego de las normas imperativas del Derecho descartadas por las normas de conflicto, por ejemplo, em matéria de obligaciones contractuales.” GUTIÉRREZ, Laura García. El “Doble Escalón” del Derecho Internacional privado: Sobre la Toma em Consideración de Otro Ordenamiento Jurídico em la Interpretación del Derecho Material Aplicable. In: HONRUBIA, Victoria *et al.* *Pacis Artes*: Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos. Madrid: Eurolex, 2005. t. 2. p. 1.559.

513. Nesta toada, a doutrina reconhece que a lei aplicável ao contrato pode autorizar um intérprete a “*tomar em consideração*” as *overriding mandatory provisions* de outros países.⁸⁵¹ Como bem explica Bernard Audit, essa é uma prática comum das leis domésticas europeias.⁸⁵²

514. De qualquer sorte, o escrutínio do contrato pelas *overriding mandatory provisions* depende de uma discricionariedade (ainda que limitada), criada pelo próprio Regulamento Roma I. Segundo Ole Lando e Peter Arnt, contudo, o Regulamento Roma I reduziu essa discricionariedade ao conectar a relevância das *overriding mandatory provisions* à Estados com conexão com a disputa.⁸⁵³

⁸⁵¹ “*La prise en considération d'une règle de droit fait intervenir cette dernière à un niveau différent: là règle intervient, cette fois, en tant que son existence constitue la réalisation concrète de l'hypothèse décrite dans le présupposé d'une autre règle de droit. Pour donner une illustration Classique – sur laquelle on aura l'occasion de revenir –, l'existence d'une loi de police frappant d'illicéité certains types de contrats, et interdisant corrélativement leur exécution, peut être considérée comme une contrainte objective pesant sur le débiteur ; à ce titre elle est susceptible de représenter, au regard de la lex contractus, une cause d'exonération (un cas de force majeure) pour le débiteur s'étant refusé à exécuter le contrat. Comme le montre bien cet exemple, la prise en considération fait figure, par rapport à l'application, d'opération incidente et accessoire. Elle se ramène, en fait, à la première étape de l'application de la règle posée par la lex contractus, à savoir la comparaison entre le présupposé de celle-ci et les circonstances pertinentes du cas d'espèce – au rang desquelles figure donc la contrainte représentée, pour le débiteur, par l'existence de la loi de police.*” BOLLÉE, Sylvain. *La Prise en Considération des Lois de Police Étrangères dans le Règlement Rome I*. In: ANCEL, Marie-Elodie et al. (org.). *Le Droit à l'Épreuve des Siècles et des Frontières : Mélanges en l'Honneur du Professeur Bertrand Ancel*. Paris/Madrid : LGDJ, 2018, p. 206.

⁸⁵² “Apart from treaty obligations, however, national laws have displayed an increasing willingness to take foreign mandatory rules ‘into consideration’. This applies to both rules of public law proper and mandatory rules lying in contract.” AUDIT, Bernard. “How do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation”. In: *The American Review of International Arbitration*, vols. 1-2, 2007, p. 45.

⁸⁵³ “According to this provision, effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, insofar as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application. These provisions will by and large lead to the same results as Article 7(1) of the Rome Convention. However, the Convention’s requirement of a close connection to the State whose international mandatory provisions may be applied has been substituted by the requirement that the internationally mandatory provisions considered to be applied shall render the performance of the contract unlawful and that the obligations arising out of the contract shall have to be performed or have been performed in that country. In essence, the application of the Rome I, Article 9(3) is still to be left to the discretion of the courts, but the discretion is now more limited. First, the connecting factor to the State whose internationally mandatory provisions are considered to be applied is not a close connection, but the fact that the obligations under the contract have to be or have been performed in that country. Second, the internationally mandatory provision considered to be applied must render performance unlawful. These two guidelines for the discretion are precise, and they do not provide more certainty than Article 7(1) of the Rome Convention. On the other hand, it is uncertain under which law the place of performance is determined; is it the law governing the contract or the law whose internationally mandatory provisions claim application?” LANDO, Ole; NIELSEN, Peter Arnt. “The Rome I Regulation”. *Op. Cit.*, p. 1.721-1.722.

515. Já quanto ao seu objeto, a doutrina estipula que *overriding mandatory provisions* se relacionam aos valores essenciais do Estado.⁸⁵⁴ Entre eles, incluem-se as normas de controle monetário, como as leis de usura; as regras de fiscalização, como normas de controle alfandegário, embargos e sanções; as leis que buscam a proteção do sistema econômico, como as leis antitruste e anticorrupção; e as normativas que protegem interesses do Estado e de sua população, incluindo as normas de direitos humanos, entre outros.⁸⁵⁵

516. Devido à amplitude do conceito e a frequente ausência de expressa declaração legislativa, a definição de quais normas constituem-se como *overriding mandatory provisions* depende do exame da jurisprudência das cortes. Na França, o conceito de *overriding mandatory provisions* é interpretado de forma bastante ampla, e inclui leis de natureza privada. Um bom exemplo desse entendimento é o *Arrêt Agintis*.⁸⁵⁶

517. O caso envolvia um contrato para a construção de uma fábrica celebrado entre uma parte francesa (a dona da obra) e uma parte alemã (a construtora). A construtora subcontratou parte dos serviços para uma empresa francesa, prevendo a aplicação da lei alemã.

⁸⁵⁴ “To put it another way: mandatory rules of law are a matter of public policy (*ordre public*) and moreover reflect a public policy so commanding that they must be applied even if the general body of law to which they belong is not competent by application of the relevant rule of conflict of laws. It is the imperative nature per se of such rules that make them applicable. One is thus led to conclude that there is an ‘approach to mandatory rules of law’ different from the classical method of conflict of laws. In matters of contract, the effect of a mandatory rule of law of a given country is to create an obligation to apply such a rule, or indeed simply a possibility of so doing, despite the fact that the parties have expressly or implicitly subjected their contract to law of another country.” MAYER, Pierre. “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”. *Arbitration International*. V. 2, n. 4, p. 274, 1986. Nesta mesma linha: “El objetivo básico y fundamento de esta técnica es garantizar la aplicación de ciertas normas esenciales para el Estado: leyes materiales de aplicación inmediata o necesaria” -que contienen criterios y principios de política legislativa que el Estado legislador considera fundamentales-, lo que justifica su carácter imperativo y que se apliquen en todo caso, aun en las situaciones privadas internacionales, con independencia del ordenamiento que rige la relación contractual (elegido por las partes o el designado objetivamente por la norma de conflicto).” CORDERO ALVAREZ, Clara Isabel. “Overriding Mandatory Provisions in International Contracts: A Special Reference to Foreign Overriding Mandatory Provisions from a European Approach”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. V. 9, n. 2, p. 177, 2017.

⁸⁵⁵ “La catégorie des lois de police est assez vaste (on ne se réfère ici qu’aux règles matérielles) en ce qu’elle couvre des lois visant à protéger des intérêts de nature très disparates, de nature économique, sociale, politique, de protection des parties faibles et ainsi de suite. Elle comprend, entre autres, les règles régissant l’accès à certaines activités économiques et l’exercice de celles-ci, ainsi que les règles en matière de concurrence et de marchés réglementés (notamment les marchés des valeurs mobilières), de protection des consommateurs, de travail, de santé, de sûreté des produits, de propriété intellectuelle, de sociétés, de contrôle des changes et des prix, d’investissements étrangers, de sanctions internationales, de contrebande, de corruption, de trafic d’armements, de blanchiment d’argent, de préservation du patrimoine culturel et écologique.” BROZOLO, Luca Radicati di. *Arbitrage Commercial International et Lois de Police: Considérations sur les Conflits de Juridictions dans le Commerce International*. Recueil des Cours, Leiden, n. 315, 2005. p. 290.

⁸⁵⁶ *Arrêt Agintis*. Cour de Cassation, Chambre Mixte, decisão de 30 de novembro de 2007. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017771816/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

518. A subcontratada obteve sentença arbitral, proferida por um tribunal constituído sob a égide da CCI, condenando a construtora alemã ao pagamento de EUR 1.6 milhão. Quando a parte alemã inadimpliu o pagamento, a subcontratada acionou, nas cortes francesas, a dona da obra, fundando seu pedido no artigo 12(1) da Loi n°. 75-1334, de 1975,⁸⁵⁷ que regula a subcontratação em contratos de empreitada. Esse dispositivo autoriza o subcontratado a acionar o dono da obra em caso de inadimplemento do empreiteiro.

519. Como o contrato previa a aplicação da lei alemã, a dona da obra alegava que essa lei não deveria ser aplicada especificamente ao caso concreto. A subcontratada, por outro lado, alegava que a lei francesa deveriam ser vistas como uma *loi de police*.

520. A *Cour d'Appel de Versailles*, em decisão de 16 de janeiro de 2006, havia decidido em favor da subcontratada, aplicando a norma como *loi de police*. Examinando recurso apresentado pela dona da obra, a *Cour de Cassation*, em decisão de 30 de novembro de 2007, manteve a decisão do tribunal *a quo*, entendendo que a lei francesa relativa à subcontratação se constituiria como uma *loi de police*.⁸⁵⁸

521. As cortes inglesas também vislumbram as *overriding mandatory provisions* de forma bastante liberal, incluindo regras de natureza privada. Um bom exemplo do entendimento daquele Poder Judiciário sobre o seu conceito é o caso *Owners of Cargo on Board the Morviken v. Owners of the Hollandia*.⁸⁵⁹

522. Neste caso, os autores ingleses contrataram a Ré, a *Royal Netherlands Steamship Company* (uma companhia holandesa de navegação) para realizar o transporte de uma máquina de acabamento de pavimentação para Bonaire – uma ilha no Caribe e, na época, parte das Índias Ocidentais Holandesas. O contrato previa a aplicação da lei holandesa, e limitava a responsabilidade do transportador por danos causados à carga a um valor máximo de GBP 250.

⁸⁵⁷ Art. 12 (1) Le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance ; copie de cette mise en demeure est adressée au maître de l'ouvrage.

⁸⁵⁸ “[L]’arrêt a décidé à bon droit que, s’agissant de la construction d’un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l’article 3 du code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.” Arrêt Agintis. Cour de Cassation, Chambre Mixte, decisão de 30 de novembro de 2007. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000017771816/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁵⁹ *Owners of Cargo on Board the Morviken v Owners of the Hollandia* [1983] 1 A.C. 565

523. Ao ser descarregada em Bonaire, a máquina foi bastante danificada. O prejuízo total foi calculado num valor total de GBP 22.000.

524. A Inglaterra é parte da Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras de Direito relacionadas ao Conhecimento Marítimo, assinada originalmente em Bruxelas, em 1924 (conhecida como as “*Hague-Visby Rules*”). Essa Convenção foi internalizada no direito inglês por meio do *Carriage of Goods by Sea Act* de 1971. A Holanda não havia ratificado a Convenção naquela época.

525. Os artigos III (8)⁸⁶⁰ e IV(5)(e)⁸⁶¹ do *Carriage of Goods by Sea Act* preveem que as cláusulas de limitação de responsabilidade podem ser afastadas em caso de negligência do transportador. Ademais, seu artigo X(b)⁸⁶² afirma que a lei se aplica quando o transporte se inicia em um Estado-membro da convenção.

526. Logo, uma disputa nasceu quanto à aplicação da limitação prevista no contrato *vis-à-vis* o disposto no *Carriage of Goods by Sea Act*. Os autores, então, ingressaram nas cortes inglesas, requerendo o afastamento da cláusula de limitação de responsabilidade.

527. Por um lado, o transportador alegava pela primazia da autonomia conflitual das partes. Por outro, o dono da carga afirmava que essa regra seria uma *overriding mandatory rule* do foro da disputa, que deveria ser observada no caso concreto. A House of Lords, em decisão de 25 de novembro de 1982, afirmou que o *Carriage of Goods by Sea Act* não podia ser afastado pela escolha de lei das partes e que, por isso, a cláusula de limitação de responsabilidade era nula. Esse precedente inaugura a teoria dos “*overriding English statutes*”.⁸⁶³

⁸⁶⁰ Art. III(8) Any clause, covenant, or agreement in a contract of carriage relieving the carrier or the ship from liability for loss or damage to, or in connexion with, goods arising from negligence, fault, or failure in the duties and obligations provided in this Article or lessening such liability otherwise than as provided in this Convention, shall be null and void and of no effect.

⁸⁶¹ Art. IV(5)(e) Neither the carrier nor the ship shall be entitled to the benefit of the limitation of liability provided for in this paragraph if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier done with intent to cause damage, or recklessly and with knowledge that damage would probably result.

⁸⁶² Art. X(b) The provisions of these Rules shall apply to every bill of lading relating to the carriage of goods between ports in two different States if (a) the bill of lading is issued in a contracting State, or (b) the carriage is from a port in a contracting State, or (c) the contract contained in or evidenced by the bill of lading provides that these Rules or legislation of any State giving effect to them are to govern the contract; whatever may be the nationality of the ship, the carrier, the shipper, the consignee, or any other interested person.

⁸⁶³ “*Other international conventions harmonise substantive rules on particular types of contract, and specify the transnational scope of the substantive rules in question, so as to override the normal choice-of-law rules.*”

528. Alguns *statutes* ingleses preveem, expressamente, sua aplicação extraterritorial. É o caso do *Unfair Contract Terms Act*, de 1977 – cujo objetivo é limitar a aplicação de termos contratuais abusivos, principalmente envolvendo disclaimers e limitações de responsabilidade – que prevê, em sua Seção 27(2)(a),⁸⁶⁴ sua aplicação como *overriding mandatory rule*.

529. Comparando alguns dos principais sistemas europeus, Jan-Jaap Kuipers identifica diversas discrepâncias no tratamento das *overriding mandatory provisions* no plano europeu. Segundo o autor, ainda que o tema tenha sido objeto de harmonização no espaço europeu, a aplicação dessas normas ainda se encontra sujeita às particularidades do direito doméstico.⁸⁶⁵ Ele afirma, ainda, que o melhor caminho para uniformizar a aplicação da regra é via jurisprudência da ECJ.⁸⁶⁶

530. O *leading case* sobre a definição de *overriding mandatory provisions* no plano das cortes comunitárias é *Arblade et al. v. Belgium*.⁸⁶⁷ O caso se origina de ações criminais movidas

Sometimes poor drafting of such provisions on territorial scope has caused problems. Thus the (British) Carriage by Sea Act 1924, implementing the Hague Rules on bills of lading, merely made the Rules applicable to shipments from the United Kingdom, with the result that they could be avoided, as regards English courts, by choosing English law to govern a shipment from another Contracting State. But now the (British) Carriage by Sea Act 1971, implementing the Hague-Visby Rules, has made them applicable to shipments from either the United Kingdom or another Contracting State, with the result that in the case of such a shipment they override a choice of a foreign proper law.” STONE, Peter. *EU Private International Law*. 2nd ed. Cheltenham: Elgar, 2010, p. 295.

⁸⁶⁴ §27 (2) This Act has effect notwithstanding any contract term which applies or purports to apply the law of some country outside the United Kingdom, where (a) the term appears to the court, or arbitrator or arbiter to have been imposed wholly or mainly for the purpose of enabling the party imposing it to evade the operation of this Act.

⁸⁶⁵ “*The emergence of overriding mandatory provisions is subject to the peculiarities of the national conflict of laws system. The harmonisation of the connecting factors in the area of contracts raises the question whether Member States should not adapt their conception of overriding mandatory provisions to the functioning of Rome I. Whereas in France and Germany overriding mandatory provisions were initially perceived as positive operations of the ordre public exception, the overriding mandatory provisions were in the Netherlands principally aimed as correction to the autonomy of private parties. The renowned Alnati decision is outside the Netherlands mostly famous for accepting the formal possibility of applying foreign overriding mandatory provisions, but in the Netherlands of much more practical relevance because the Hoge Raad for the first time clearly accepted the possibility for parties to choose the applicable law. English law, prior to the introduction of the Rome Convention, was not familiar with the notion ‘mandatory’ rules. However, with regard to statutes, the same effect was reached by the doctrine of English overriding statutes.*” KUIPERS, Jan-Jaap. *EU Law and Private International Law*. Leiden: Martinus Kijhof, 2012. p. 171.

⁸⁶⁶ “*Despite the principle of uniform interpretation of the Rome Convention and the competence of the ECJ it has been demonstrated that with regard to art. 7, major differences of interpretation exist at the national level. National courts have interpreted the Rome Convention in the light of pre-existing national practices. In principle Rome I does not harmonise the content of overriding mandatory provisions. It leaves it to the Member States to define whether the application of a provision is crucial for the safeguard of its political, social or economical organisation.*” *Ibid.*, p. 174.

⁸⁶⁷ Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL (C-369/96) and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-376/96). Decisão disponível em <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-369/96&language=en>. Acesso em: 16 abr. 2023.

pelo governo belga contra duas empresas francesas, *Arblade & Fils SARL e Sofrage SARL*, e seus administradores, pelo descumprimento de obrigações trabalhistas previstas na lei belga.

531. A *Arblade* e a *Sofrage* foram contratadas pela *Sucrierie Tirlemontoise* – sociedade belga – para construir um complexo de silos para armazenamento de açúcar cristalizado em sua propriedade localizada em Wanze, na Bélgica. Durante uma fiscalização, autoridades do governo belga pediram à *Arblade* e à *Sofrage* a produção dos documentos trabalhistas referentes aos empregados contratados para as obras, na forma requerida pela lei belga.

532. As construtoras alegaram que tinham cumprido essa obrigação de acordo com a lei francesa. Afirmavam, ainda, que a exigência da lei belga violava os artigos 59⁸⁶⁸ e 60⁸⁶⁹ do Tratado Estabelecendo a Comunidade Econômica Europeia, assinado em Roma em 1957 (“Tratado de Roma”).

533. O governo belga, então, ajuizou ação contra as construtoras e seus administradores, requerendo a aplicação de multa pelo descumprimento das obrigações trabalhistas. O *Tribunal Correctionnel de Huly* – onde tramitou a demanda – considerou necessária a interpretação do direito comunitário, motivo pelo qual suspendeu a ação e remeteu a questão à ECJ.

534. Em sua decisão, a ECJ afirma que o afastamento das regras previstas no Tratado de Roma pela lei doméstica só se justifica nas hipóteses em que a lei doméstica constitui uma *overriding mandatory rule*, ou seja, uma regra que avance um interesse público do Estado.⁸⁷⁰

⁸⁶⁸ Art. 59. Dane le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition à l'égard des ressortissants des États membres établie dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissant d'un État tiers et établie à l'intérieur de la Communauté.

⁸⁶⁹ Art. 60 Au sens du présent Traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment : a) des activités de caractère industriel, b) des activités de caractère commercial, c) des activités artisanales, d) les activités des professions libérales. Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants.

⁸⁷⁰ “The fact that national rules are categorised as public-order legislation does not mean that they are exempt from compliance with the provisions of the Treaty; if it did, the primacy and uniform application of Community law would be undermined. The considerations underlying such national legislation can be taken into account by Community law only in terms of the exceptions to Community freedoms expressly provided for by the Treaty and, where appropriate, on the ground that they constitute overriding reasons relating to the public interest.” Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL (C-369/96) and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-376/96). Decisão disponível em <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-369/96&language=en>. Acesso em: 16 abr. 2023.

No caso concreto, a ECJ afirma que a liberdade de oferecer serviços é um direito garantido pelo Tratado de Roma e que só pode ser restringido por *overriding mandatory provisions*, como prevê os tratados europeus.⁸⁷¹

535. A corte afirma, ainda, que, por um lado, os direitos trabalhistas são interesses públicos relevantes. Todavia, afirma a corte que, por outro lado, medidas meramente administrativas não podem justificar o afastamento da norma comunitária, exceto se perfazerem meio de controle necessário para garantir o cumprimento de um interesse público relevante do Estado.⁸⁷²

536. Ao fim, a ECJ examina cada uma das acusações feitas contra as construtoras, afirmando que algumas delas estariam preclusas pelo Tratado de Roma, enquanto outras poderiam ser julgadas pela corte belga. As obrigações trabalhistas preclusas pelo Tratado diziam respeito à obrigação de pagar determinadas contribuições sociais, elaborar determinados documentos trabalhistas e reter documentos dos empregados – todas estas obrigações que tinham paralelo na lei francesa.

537. Esse precedente não era relacionado diretamente ao tema dos contratos internacionais. Todavia, ele indicava, já naquela época, o caminho da interpretação da corte.⁸⁷³

⁸⁷¹ “Even if there is no harmonisation in the field, the freedom to provide services, as one of the fundamental principles of the Treaty, may be restricted only by rules justified by overriding requirements relating to the public interest and applicable to all persons and undertakings operating in the territory of the State where the service is provided, in so far as that interest is not safeguarded by the rules to which the provider of such a service is subject in the Member State where he is established.” Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL (C-369/96) and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-376/96). Decisão disponível em <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-369/96&language=en>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁷² “The overriding reasons relating to the public interest which have been acknowledged by the Court include the protection of workers (see *Webb*, cited above, paragraph 19, *Joined Cases 62/81 and 63/81 Seco v EVI* [1982] ECR 223, paragraph 14, and *Case C-113/89 Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417, paragraph 18), and in particular the social protection of workers in the construction industry (*Guiot*, paragraph 16). By contrast, considerations of a purely administrative nature cannot justify derogation by a Member State from the rules of Community law, especially where the derogation in question amounts to preventing or restricting the exercise of one of the fundamental freedoms of Community law (see, in particular, *Case C-18/95 Terhoeve* [1999] ECR I-345, paragraph 45). However, overriding reasons relating to the public interest which justify the substantive provisions of a set of rules may also justify the control measures needed to ensure compliance with them (see, to that effect, *Rush Portuguesa*, cited above, paragraph 18).” Criminal proceedings against Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL (C-369/96) and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-376/96). Decisão disponível em <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-369/96&language=en>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁷³ “The ECJ has not made any decision regarding the interpretation of article 7 of the Rome Convention. It did however consider the notion of public order law on two occasions. In the *Arblade* case, it gave for the first time a Community definition of public order laws in relation to the freedom of establishment: The question was whether a Member State could oppose the exercise of freedom of establishment on the basis of labour laws²¹

538. A corte endereçou diretamente a aplicação das *overriding mandatory provisions* aos contratos comerciais internacionais em dois casos: *Ingmar v. Eaton*⁸⁷⁴ e *UnamarNV v NavigationMaritime Bulgare*.⁸⁷⁵

539. Em *Ingmar*, a cláusula de eleição de lei determinava a aplicação das leis da Califórnia. A corte foi instada a se pronunciar sobre se a lei inglesa – que outrora se aplicaria ao contrato e que cumpria com as diretrizes da União Europeia sobre regulamentação da atividade de agentes comerciais autônomos⁸⁷⁶ – deveria ser considerada uma *overriding mandatory rule*. Concluiu a ECJ que uma cláusula de escolha de lei não pode violar uma norma imperativa de um Estado-membro.⁸⁷⁷

540. Já em *Unamar*, a ECJ examinou um contrato de representação comercial entre partes belga e búlgara. O contrato previa a aplicação da lei da Bulgária. A Corte foi então instada a se pronunciar sobre se determinados dispositivos da lei belga não previstos na lei búlgara poderiam ser consideradas *overriding mandatory provisions*. A Corte concluiu que o afastamento de uma lei escolhida pelas partes pode ocorrer apenas se houver prova de que a norma mandatária buscava criar proteção além das previstas na regra comunitária.⁸⁷⁸

which are seen as public order laws. The ECJ defines public order laws as “national provisions compliance with which has been deemed to be so crucial for the protection of the political, social or economic order in the Member State concerned as to require compliance therewith by all persons present on the national territory of that Member State and all legal relationships within that State.” (paragraph 30).” FAUVERQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis (ed.). European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. Munich: Sellier, 2008, p. 109.

⁸⁷⁴ *Ingmar v. Eaton* (Caso C-381/98 [2000] ECR I-9305)

⁸⁷⁵ *UnamarNV v NavigationMaritime Bulgare* (Caso C- 184/12 [2013] ECLI:EU:C:2013:663).

⁸⁷⁶ Esse tema é objeto da Diretiva 86/653/EEC de 18 de dezembro de 1986, que uniformiza as leis europeias sobre o tema. Cf. CONSELHO EUROPEU. Diretiva 86/653/CEE do Conselho de 18 dez. 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados- membros sobre os agentes comerciais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31986L0653>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁷⁷ “*It must therefore be held that it is essential for the Community legal order that a principal established in a non-member country, whose commercial agent carries on his activity within the Community, cannot evade those provisions by the simple expedient of a choice-of-law clause. The purpose served by the provisions in question requires that they be applied where the situation is closely connected with the Community, in particular where the commercial agent carries on his activity in the territory of a Member State, irrespective of the law by which the parties intended the contract to be governed.*” *Ingmar v. Eaton* (Caso C-381/98 [2000] ECR I-9305)

⁸⁷⁸ “*Having regard to all the foregoing considerations, the answer to the question referred is that Articles 3 and 7(2) of the Rome Convention must be interpreted as meaning that the law of a Member State of the European Union which meets the minimum protection requirements laid down by Directive 86/653 and which has been chosen by the parties to a commercial agency contract may be rejected by the court of another Member State before which the case has been brought in favour of the law of the forum, owing to the mandatory nature, in the legal order of that Member State, of the rules governing the situation of self-employed commercial agents only if the court before which the case has been brought finds, on the basis of a detailed assessment, that, in*

541. A ECJ assevera os elementos essenciais para a qualificação de uma *overriding mandatory provision* para os fins previstos na Convenção de Roma e no Regulamento Roma I. Portanto, de acordo com os precedentes da ECJ, o elemento central para a qualificação da norma como *overriding mandatory provision* é o exame de sua redação, bem como do contexto legislativo do qual aquela lei se origina.⁸⁷⁹

542. Essa perspectiva deve ser trazida para o contexto da interpretação e integração dos contratos comerciais internacionais. Deve o intérprete, no exercício do esforço hermenêutico, examinar se está diante de alguma *overriding mandatory provision* do foro da disputa, da lei da execução do contrato, ou até de um terceiro país que tenha algum vínculo com a avença (nesse último caso, se a lei aplicável o autorizar a levar essa lei em consideração na sua interpretação).

543. Dois exemplos hipotéticos ajudam a ilustrar esse mecanismo. O primeiro envolve um contrato de licenciamento de tecnologia entre uma parte dos Estados Unidos (o licenciante) e uma parte alemã (a licenciada). O contrato prevê a aplicação da lei francesa, bem como que qualquer disputa será resolvida perante as cortes do estado da Califórnia, nos Estados Unidos.

544. O contrato prevê, ainda, que o licenciamento será exclusivo, vigente por dez anos. Nos primeiros dois anos, o licenciamento seria inteiramente gratuito. Depois desse prazo, caso a parte francesa obtenha lucro decorrente do licenciamento, ela passará a pagar um *royalty*, baseado em um determinado percentual do lucro auferido, até o fim do contrato.

545. Passados dois anos da assinatura, contudo, a parte francesa não conseguiu tornar a empreitada lucrativa. Mirando a enorme perda de oportunidade, a parte estadunidense, então,

the course of that transposition, the legislature of the State of the forum held it to be crucial, in the legal order concerned, to grant the commercial agent protection going beyond that provided for by the directive, taking account in that regard of the nature and of the objective of such mandatory provisions.” UnamarNV v NavigationMaritime Bulgare (Caso C- 184/12 [2013] ECLI:EU:C:2013:663).

⁸⁷⁹ *“It is thus for the national court, in the course of its assessment of whether the national law which it proposes to substitute for that expressly chosen by the parties to the contract is a ‘mandatory rule’, to take account not only of the exact terms of that law, but also of its general structure and of all the circumstances in which that law was adopted in order to determine whether it is mandatory in nature in so far as it appears that the legislature adopted it in order to protect an interest judged to be essential by the Member State concerned. As the Commission pointed out, such a case might be one where the transposition in the Member State of the forum, by extending the scope of a directive or by choosing to make wider use of the discretion afforded by that directive, offers greater protection to commercial agents by virtue of the particular interest which the Member State pays to that category of nationals.” UnamarNV v NavigationMaritime Bulgare (Caso C- 184/12 [2013] ECLI:EU:C:2013:663).*

decide ingressar com ação perante as cortes da Califórnia buscando a declaração de inexecutabilidade da avença. Argumenta, para tanto, que o contrato não possui *consideration*.⁸⁸⁰

546. No direito americano, a contraprestação é requisito essencial da avença;⁸⁸¹ um contrato sem contrapartida não é exequível.⁸⁸² A doutrina tem origem na construção do sistema de obrigação inglês obrigação por meio dos processos das cortes de *common law* inglesas,⁸⁸³ e tem como função remover os riscos de execução de uma avença sem adequada compensação.⁸⁸⁴ A maioria dos ordenamentos não vislumbram a contraprestação como elemento essencial da

⁸⁸⁰ Segundo a §71 do Restatement (Second) on the Law of Contracts: “(1) To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for. (2) A performance or return promise is bargained for if it is sought by the promisor in exchange for his promise and is given by the promisee in exchange for that promise. (3) The performance may consist of (a) an act other than a promise, or (b) a forbearance, or (c) the creation, modification, or destruction of a legal relation. (4) The performance or return promise may be given to the promisor or to some other person. It may be given by the promisee or by some other person.

⁸⁸¹ “Section 17 of the Restatement expresses the general understanding on this well-worn topic by stating that, except where special rules apply, the formation of a contract requires ‘a bargain’ to which the contracting parties give assent, and ‘a consideration’, which can take form of either a return promise or an actual performance.” CHIRELSTEIN, Marvin. *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*. 5ª ed. Nova York: Foundation Press, 2006, p. 12.

⁸⁸² “The characteristic features of the modern doctrine of consideration are the following: 1. An agreement which is not contained in a sealed instrument is inoperative unless it is supported by a consideration. 2. According to the traditional statement consideration may consist either in some benefit to the promisor or in some detriment to the promisee. A moral obligation is not sufficient. 3. Consideration is a fact which operates as one of the conventional causes or inducements of a promise. This statement does not cover acts in subsequent reliance upon a promise unless they were requested as the expected and agreed return. 4. Adequacy of consideration is not required. The value of the act or forbearance may be entirely out of proportion to the value of the promise of the other party.” LORENTZEN, Ernest. “Causa and Consideration in the Law of Contracts”. *The Yale Law Journal*, v. 28, n. 7, p. 636, 1919.

⁸⁸³ Para um estudo detalhado da história da doutrina *common law*, cf. SIMPSON, A.W.B. “The Doctrine of Consideration – Introduction”. In: SIMPSON, A.W.B. *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*. Nova York: Oxford University Press, 1987, p. 316–326.

⁸⁸⁴ “That consideration may have both a “formal” and a “substantive” aspect is apparent when we reflect on the reasons which have been advanced why promises without consideration are not enforced. It has been said that consideration is “for the sake of evidence” and is intended to remove the hazards of mistaken or perjured testimony which would attend the enforcement of promises for which nothing is given in exchange.’ Again, it is said that enforcement is denied gratuitous promises because such promises are often made impulsively and without proper deliberation.” FULLER, Lon. “Consideration and Form”. *Columbia Law Review*. v. 41, n. 5, p. 799, 1941. <https://doi.org/10.2307/1117840>.

avença.⁸⁸⁵ Esse é o caso das leiss francesa e alemã, por exemplo – estes ordenamentos jurídicos não estabelecem a contraprestação como requisito de exequibilidade da avença.⁸⁸⁶

547. Ademais, nem a CISG nem os Princípios do UNIDROIT exigem prova de contraprestação como requisito de validade do contrato.⁸⁸⁷ Não se pode considerar, portanto, a *consideration* como uma regra comum dentre as fontes normativas dos contratos comerciais internacionais.

548. Nesse caso, contudo, a corte da Califórnia pode entender que a *consideration* é uma *overriding mandatory provision* do foro da disputa. Se esse for o caso, a corte poderá afastar a exequibilidade da avença se entender ausente qualquer contraprestação no caso concreto. Para fazê-lo, contudo, deverá o julgador examinar se a doutrina da *consideration* serve o propósito proteger um interesse relevante do Estado. Senão, corre-se o risco de a hermenêutica adotada

⁸⁸⁵ “In many civil-law systems, including the Germanic, there is no requirement comparable to consideration and it is enough if a promise is made with an intention to be bound.” FARNSWORTH, E. Allan. Comparative Contract Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Nova York: Oxford University Press, 2006. p. 6. Há um grande debate no direito comparado sobre uma potencial equiparação entre a teoria da causa francesa e a doutrina da *consideration*: contudo, boa parte dos autores entende que elas performam funções diferentes, apesar de conterem, de fato, algumas semelhanças. Cf., e.g., LORENTZEN, Ernest. “Causa and Consideration in the Law of Contracts”. *Op. Cit.* e MEHREN, Arthur Von. “Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis”. *Harvard Law Review*, v. 72, n. 6, 1959; MARKESINIS, Basil. Cause and Consideration: A Study in Parallel. *The Cambridge Law Journal*, v. 37, n. 1, p. 53-58, 1978; e LORENZO, Sixto Sánchez. “Cause de l’Engagement et Validité du Contrat: une Perspective Historique, Comparative et Internationale”. In: ANCEL, Marie-Elodie et al. (org.) *Le Droit à l’Épreuve des Siècles et des Frontières : Mélanges en l’Honneur du Professeur Bertrand Ancel*. Paris/Madrid : LGDJ, 2018, p. 1439-1460, que seguem essa linha. Em sentido contrário, cf. HENRY, Robert. “Cause in the Civil Law and Consideration in the Common: Much Ado About Nothing”. *Kentucky Law Journal*, v. 29, n. 4, p. 369-401, 1941.

⁸⁸⁶ “French and German law do not evidence these shortcomings. Option agreements, compromises, modifications in contractual arrangements, and requirements and output contracts are all clearly enforceable.” MEHREN, Arthur Von. “Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis”. *Op. Cit.*, p. 1.076.

⁸⁸⁷ “This implies that the contract can be concluded without the existence of the formal and typical requirement of the common-law system known as consideration, and without the requirement of causa, or cause, in civil law systems. In fact, this clearly shows the way common-law systems are changing as they find the requirement for consideration more restrictive. Such freedom is also in accordance with the general principle embodied in CISG Article 11 and UNIDROIT Principles Article 1.2, which both reflect the common understanding in the civil law tradition.” VISCASILLAS, María del Pilar Perales. “The Formation of Contracts & the Principles of European Contract Law”. *Pace International Law Review*, v. 13, n. 2, p. 374, 2001. Neste mesmo sentido, cf. VISCASILLAS, María del Pilar Perales. “Modification and Termination of the Contract (Art. 29 CISG)”. *Journal of Law and Commerce*, v. 25, n. 1, p. 167-169, 2006, onde se lê: “Therefore, neither the common law requirement of the need for consideration in order for the contract to be modified, nor the cause requirement derived from civil law systems, are required under CISG.”

pelo intérprete resultar em um particularismo inadmissível no contexto do direito internacional privado de coordenação, como exige a contemporaneidade.⁸⁸⁸

549. O segundo exemplo envolve um JOA celebrado entre uma parte inglesa e uma parte chinesa, para a regulamentação da operação de um campo de petróleo localizado no Brasil. O contrato prevê, ainda, a lei do Reino Unido como aplicável ao contrato, bem como que qualquer disputa dele decorrente será resolvida por arbitragem, administrada pela CCI, sendo a sentença proferida no Brasil. Além disso, ambas as partes possuem *American Depositary Receipts* (ADRs) emitidas na bolsa de Nova York, nos Estados Unidos.

550. Durante a performance do contrato, a parte inglesa obtém indícios de que o contrato de concessão que fundamenta o JOA foi obtido por corrupção. Requer, então, a instauração de arbitragem para que o tribunal declare nulo o contrato, pois eivado pelo ato ilícito.

551. Ocorre que a lei inglesa não prevê a nulidade do contrato que não é, ele próprio, objeto do ato ilícito. Este é o entendimento da *High Court* no caso *National Iranian Oil Company v Crescent Petroleum Company International Ltd & Crescent Gas Corporation Ltd*.⁸⁸⁹ A Lei

⁸⁸⁸ “Dans ce sens, je ne nie pas que les lois d’application immédiate puissent répondre à certains besoins. Mais je constate que leur emploi est contraire à l’une des exigences primordiales du droit international privé : le respect de l’élément étranger existant dans tous les rapports à caractère international. Certes, dans l’état actuel de la société internationale et du droit international – avec un faible degré de centralisation et d’institutionnalisation –, on conçoit que les Etats cherchent d’abord à assurer la cohérence de leur propre ordre interne. Mais le devoir de coopération entre les Etats existe aussi et les oblige à tenir compte des ordres juridiques étrangers. Ce devoir, d’ailleurs, ne fait qu’augmenter avec le processus de socialisation croissante du droit international, malgré ses limites et ses lacunes. Comme il est dit dans le préambule de la résolution adoptée par l’Institut de droit international, en 1975, sur l’application du droit public étranger, il faut tenir compte « des besoins d’une société internationale caractérisée à la fois par la diversité ou la concurrence des législations, des politiques et des intérêts étatiques et par une aspiration à la collaboration internationale et à la coexistence ou l’harmonisation des systèmes juridiques nationaux.” SALCEDO, Juan Antonio Carillo. *Le Renouveau du Particularisme en Droit International Privé. Recueil des Cours*, Leiden, n. 160, 1978. p. 257.

⁸⁸⁹ “There is certainly no English public policy to refuse to enforce a contract which has been preceded, and is unaffected, by a failed attempt to bribe, on the basis that such contract, or one or more of the parties to it, have allegedly been tainted by the precedent conduct. The siren call of Ms Dohmann, referring to recent international Conventions to outlaw bribery, and the increase of legislation to criminalise it, is attractive. But to introduce a concept of tainting of an otherwise legal contract would create uncertainty, and in any event wholly undermines party autonomy. There may be many contracts which have been preceded by undesirable conduct on one side or other or both – lies, fraud, threats and worse – but the Court would not interfere with a contract entered into by such parties, even if one or more of those parties had committed criminal acts for which they could be prosecuted, unless the contract itself was illegal and unenforceable, or one or more of the acts of such parties induced the contract, in which case it might be voidable at the instance of an innocent party so induced.” *National Iranian Oil Company v. Crescent Petroleum Company International Ltd & Crescent Gas Corporation Ltd* [2016] EWHC 510.

brasileira – local da *performance* do contrato – também não prevê remédio específico para os contratos viciados por corrupção.⁸⁹⁰

552. As fontes internacionais aplicáveis aos contratos do comércio internacional também não resolvem a questão de forma clara.⁸⁹¹ A CISG exclui de seu escopo as questões de validade do contrato, nos termos do seu artigo 4º.⁸⁹² Os Princípios do UNIDROIT, em seus artigos 1.4⁸⁹³ e 3.3.1.(1)⁸⁹⁴ afirmam a prevalência das *overriding mandatory provisions*, mas referem sua aplicação às regras de conflito aplicáveis.⁸⁹⁵

553. Outros dois instrumentos internacionais, a Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, assinada em Mérida em 2003,⁸⁹⁶ e a Convenção do Conselho da Europa de Direito

⁸⁹⁰ “O Brasil, por outro lado, não contém um remédio específico em sua legislação civil para os contratos obtidos por corrupção”. VIDAL, Marina. *A Arbitragem Internacional como Instrumento no Combate à Corrupção*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 227. Há, na doutrina, contudo, quem defenda que os contratos seriam negócios jurídicos nulos no Direito brasileiro. Neste sentido, cf.: “Contratos nascidos de atos de corrupção são, para o Direito brasileiro, negócios jurídicos nulos.” MARTINS-COSTA, Judith. Efeitos Obrigacionais da invalidade: o caso dos contratos viciados por ato de corrupção. In: BARBOSA, Henrique e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A Evolução do Direito Empresarial e Obrigacional: 18 anos do Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 107.

⁸⁹¹ Para um exame de como o direito internacional privado trata o tema da corrupção nos contratos do comércio internacional, cf. PINHEIRO, Luís de Lima. A corrupção nos contratos comerciais internacionais – uma perspectiva de direito material e de direito internacional privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n. 11, p. 179-206, 2014. Cf, ainda, o Caso CCI 12990, decisão de 2005, onde o Tribunal Arbitral declarou o contrato nulo por corrupção, afirmando que: “Par ailleurs, une majorité de la doctrine, confortée par de nombreuses sentences arbitrales, considère que l’immoralité des pratiques de corruption et de trafic d’influence est fondée sur une règle véritablement internationale, de telle sorte qu’il n’est pas douteux que celle-ci appartient à l’ordre public transnational. Certains vont même jusqu’à affirmer qu’il existe un consensus général quant à l’existence d’un ‘droit commun à l’ensemble des nations’ sur ce point.”

⁸⁹² “Under the CISG, the matter of validity of contracts is expressly addressed in Article 4, which is meant to define the substantive coverage⁵ of the Convention. Article 4 provides (in short) that the Convention ‘is not concerned with the validity of the contract’, a statement that has been dubbed ‘the validity exception.’” SCHROETER, Ulrich. The Validity of International Sales Contracts. In: SCHWENZER, Ingeborg e Spagnolo, LISA (ed.). *Boundaries and Intersections: The 5th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*. A Haia: Eleven, 2014. p. 95-96.

⁸⁹³ Art. 1.4 Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.

⁸⁹⁴ Art. 3.3.1(1) (1) Where a contract infringes a mandatory rule, whether of national, international or supranational origin, applicable under Article 1.4 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule.

⁸⁹⁵ “In view of the considerable differences in the ways in which domestic courts and arbitral tribunals determine the mandatory rules applicable to international commercial contracts, this Article deliberately refrains from stating which mandatory rules apply and the Article refers instead to the relevant rules of private international law for the solution in each given case”. Cf. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁸⁹⁶ O artigo 34 da Convenção afirma que os Estados Membros deverão tomar medidas para tornar contratos sujeitos à corrupção nulos ou anuláveis, mas seu valor é mais como norma programática e abstrata do que regulatória ou concreta: Art. 34 With due regard to the rights of third parties acquired in good faith, each State Party shall take measures, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, to address consequences of corruption. In this context, States Parties may consider corruption a relevant factor in legal

Civil sobre Corrupção, assinada em Estrasburgo em 1999,⁸⁹⁷ também não resolvem a questão. Em que pese sua abordagem mais protetiva dos contratos sujeitos à corrupção, esses instrumentos não afirmam a nulidade ou anulabilidade das avenças eivadas por corrupção.

554. Nesse caso, pode o intérprete observar o fato de as partes deterem títulos emitidos nos Estados Unidos. Isso atrai a aplicação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Essa lei determina ser ilícito para uma companhia com conexão com os Estados Unidos incorrer em atos de corrupção em outras jurisdições.⁸⁹⁸ O FCPA não prevê, expressamente, a nulidade ou anulabilidade de contratos, mas o governo americano reconhece que, com base no FCPA, pode um ente privado requerer medida judicial contra o ato corrupto.⁸⁹⁹

555. De fato, aplicando a política acima descrita, as cortes daquele país entendem serem nulos/anuláveis os contratos que tenham relação com atividade de corrupção. Segundo Padideh Ala'i, a *common law* reconhece que contratos que violam a ordem pública são inexecutáveis, de forma que uma violação ao FCPA geraria, igualmente, a anulabilidade da avença.⁹⁰⁰

proceedings to annul or rescind a contract, withdraw a concession or other similar instrument or take any other remedial action.

⁸⁹⁷ O artigo 8º da Convenção segue o mesmo caráter programático da Convenção das Nações Unidas: Art. 8. Each Party shall provide in its internal law for any contract or clause of a contract providing for corruption to be null and void. 2 Each Party shall provide in its internal law for the possibility for all parties to a contract whose consent has been undermined by an act of corruption to be able to apply to the court for the contract to be declared void, notwithstanding their right to claim for damages.

⁸⁹⁸ §104. It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 781 of this title or which is required to file reports under section 780(d) of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to [...] any foreign official for purposes of [...] influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity.

⁸⁹⁹ “Private individuals who are victims of corruption may bring private actions for monetary damages against the violator in state or federal court. These lawsuits may be common-law or statutory-based and can be premised on fraud, contract, tort, or civil-rights theories.” EUA. *UNCAC Self Assessment*, 7 out. 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/12/05/USA-UNCAC-Self-Assessment.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁰⁰ “Under U.S. common law, contracts that violate public policy are unenforceable. A contract is unenforceable if legislation so provides, or if the interest in enforcement is clearly outweighed by public policy. In balancing the public interest and the interest in enforcement, courts usually take into account, inter alia, (1) the parties’ reasonable expectations, (2) the strength of a public policy that derives from a statute or the courts’ own judgment of the need to protect public interest, (3) the gravity of the misconduct, and (4) the relation of the contract to the public policy and misconduct involved. Where there is a statute that criminalizes corruption and bribery – ie, FCPA, 18 U.S.C. Sec 201 – or state laws prohibiting commercial bribery, a contract that contravenes such a statute by providing a bribe would infringe public policy, and thus, is unenforceable.” ALA’I, Padideh. *The United States’ Multidimensional Approach to Combating Corruption*. In: BONELL, Michael Joachim; MEYER, Olaf. *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*. Cham: Springer, 2015. p. 422.

556. O precedente que melhor indica a posição das cortes americanas é *Sirkin v. Fourteenth Street Store*.⁹⁰¹ A *Appellate Division of the Supreme Court of New York* decidiu que um contrato celebrado em violação às regras de corrupção previstas no FCPA pode ser considerado inexecutável.⁹⁰²

557. Voltando ao caso hipotético, o tribunal arbitral poderia aplicar a lei dos Estados Unidos como *overriding mandatory rule* para fim de afastar a exequibilidade do contrato eivado pela corrupção. Nesse segundo caso, o resultado do esforço hermenêutico sequer pode ser criticado como particularistas ou *lex forista*; afinal, ao dar efeito à uma norma mandatória de um ordenamento com interesse na demanda, o tribunal preservaria, de certa forma, a própria eficácia internacional do contrato. Imagine-se se a sentença produzida no âmbito dessa arbitragem fosse levada para reconhecimento e execução nos Estados Unidos. O tribunal – ao examinar, de antemão, os efeitos da lei estadunidense no contrato – evitou, assim, qualquer prejuízo decorrente de eventual inexecutabilidade da sentença arbitral em questão.

558. Assim, é possível concluir que o intérprete tem o dever de verificar se existe alguma *overriding mandatory rule* – *i.e.*, uma norma do foro, da *lex contractus* ou de um Estado-terceiro que tenha vínculo direto com a avença, cuja função é proteger um interesse relevante do Estado – tem precedência sobre a lei escolhida ou sobre a lei aplicável.⁹⁰³ Ao fazê-lo, contudo, deve o operador do direito buscar preservar a internacionalidade da avença, evitando uma interpretação excessivamente localizada da norma mandatória sob análise.

⁹⁰¹ *Sirkin v. Fourteenth Street Store*, 124 A.D. 384, 388 (N.Y. App. Div. 1908).

⁹⁰² “A contract, however, made in violation of a penal statute, although not expressly prohibited or declared to be void, is prohibited, void and unenforceable, whether executory or executed. (*Griffith v. Wells*, 3 Den. 226; *Barton v. Port Jackson U.F.P.R. Co.*, 17 Barb. 397.) A contract to do an illegal act or to aid another in violating the law is likewise void and unenforceable, whether executory or executed. (*Goodrich v. Houghton*, 134 N.Y. 115; *Materne v. Horwitz*, 101 id. 469; *Brinkman v. Eisler*, 26 N.Y. St. Repr. 94; *affd.*, 40 id. 865; *Hull v. Ruggles*, 56 N.Y. 424.) Upon the same principle, one who is required by law to procure a license to conduct any trade, calling or profession, may not recover for services rendered or property sold, without first obtaining such license, regardless of whether or not it was known by the person for whom the services were rendered or to whom the property was sold that the license had not been obtained. (*Johnston v. Dahlgren*, 166 N.Y. 354; *Schnaier v. Navarre Hotel Imp. Co.*, 82 App. Div. 25; *Accetta v. Zupa*, 54 id. 33; *Griffith v. Wells*, *supra.*)” *Sirkin v. Fourteenth Street Store*, 124 A.D. 384, 388 (N.Y. App. Div. 1908)

⁹⁰³ “Overriding mandatory laws, at least those of and in the EU, are not any kind of ghost haunting the efficiency of international arbitration. When framed and applied correctly, they are, indeed, the *lois de police* that enforce a minimum of respect for national and EU public policies.” KLEINHEISTERKAMP, Jan. “Legal Certainty, Proportionality and Pragmatism: Overriding Mandatory Laws in International Arbitration”. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 928, 2018.

3.2.3.2. A ORDEM PÚBLICA

559. A ordem pública é um dos mais tradicionais princípios de conflito de leis no espaço.⁹⁰⁴ Sua concepção se origina do princípio da *comitas*, um dos cânones do direito conflitual professados por Ulrich Huber, que afirmava que “[s]overeigns will so act by way of comity that rights acquired within the limits of a government retain their force everywhere so far as they do not cause prejudice to the powers or rights of such government or of their subjects.”⁹⁰⁵

560. Savigny importou essa noção em seu método, ao afirmar que a segunda classe de exceções ao seu método conflitual são as instituições fundamentais de um país estrangeiro.⁹⁰⁶ Desde então, a grande maioria dos especialistas do direito internacional privado se aventuraram na elusiva conceituação. Segundo Jacob Dolinger, “[n]enhum tema de direito internacional privado suscitou tão rico manancial teórico-doutrinário do que o princípio da ordem pública.”⁹⁰⁷

561. Em sua Tese de Cátedra, Jacob Dolinger examina de forma minuciosa as diferentes perspectivas da doutrina brasileira e internacional sobre a ordem pública.⁹⁰⁸ Trata-se de louvável e admirável trabalho de pesquisa, que sedimenta o estudo do instituto pela perspectiva do direito internacional privado brasileiro e comparado. Jacob Dolinger chega à conclusão que conceituar, de forma rígida, a ordem pública não é tarefa adequada, vez que desvirtua o princípio.⁹⁰⁹

562. Por isso, ao invés de buscar um conceito estanque para o instituto cuja natureza é, intrinsecamente, aberta,⁹¹⁰ adotaremos a abordagem adotada por Jacob Dolinger: examinar a

⁹⁰⁴ “*La théorie générale de l’ordre public est un des fondements du droit international privé; et cependant, c’est l’un des points sur lesquels il existe les plus grandes divergences d’opinion.*” HEALY, Thomas. *Théorie Générale de l’Ordre Public. Recueil des Cours*, n. 9, 1925. p. 411.

⁹⁰⁵ LORENZEN, Ernest G. “Huber’s De Conflictu Legum”. *Op. Cit.*, p. 136-137.

⁹⁰⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time. Op. Cit.*, p. 76-77.

⁹⁰⁷ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1979. p. 3.

⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁹⁰⁹ “A dificuldade de definir o que seja ordem pública, que muitos reconheceram ser impossível, levou os autores a transpor a sua mera conceituação, para exemplificar seu campo de atuação, seus efeitos e suas consequências práticas. Da exemplificação passaram para a enumeração, no que desvirtuaram o princípio.” *Ibid.*, p. 3.

⁹¹⁰ “A expressão ordem pública designa um conceito do tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal.” TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional*. Rio de

ordem pública por seus aspectos elementares. O primeiro deles é, justamente, sua *indefinição*.⁹¹¹ Segundo Jacob Dolinger, “[a] *noção da ordem pública, como acentuam todos os autores, é indefinível. Mas o que seguramente não lhe falta é conteúdo amplo e diversificado.*”⁹¹²

563. Durante anos, a doutrina buscou qualificar a ordem pública como critério de caracterização da norma doméstica.⁹¹³ A corrente, bastante prevalente na França de outrora, pregava a necessidade de se distinguir as normas de ordem pública domésticas e internacionais, com base na leitura comparada entre os direitos francês e romano.⁹¹⁴

Janeiro: Renovar, 2013, p. 490. Nesta mesma linha: “*O que se entende por lei de ordem pública? O seu conceito tem sido o tormento dos juristas. Todo ele é vago, impreciso, assim como combatidas têm sido todas as tentativas de enumeração das leis que, com tal caráter, podem ser consideradas*” SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Lei de Introdução ao Código Civil*. V. I, 2ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 28-29.

⁹¹¹ “*O que se entende por lei de ordem pública? O seu conceito tem sido o tormento dos juristas. Todo ele é vago, impreciso, assim como combatidas têm sido todas as tentativas de enumeração das leis que, com tal caráter, podem ser consideradas.*” SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Op. Cit., p. 28-29.

⁹¹² DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1979. p. 113.

⁹¹³ “*Au sens du droit interne, l'ordre public regroupe les normes auxquelles les parties ne peuvent déroger.*” DERAIS, Yves. L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international. *Revue de l'Arbitrage*, n. 3, p. 375, 1986.

⁹¹⁴ “*On trouve dans toutes les législations un ensemble de règles qui s'imposent d'une façon absolument impérative et sans exception possible aux nationaux seulement, c'est l'ordre public que nous qualifierons d'interne ; il en est d'autres dont le caractère rigoureusement obligatoire est opposable aux étrangers qui se trouvent sur le territoire comme aux nationaux du pays, ce sont celles qui constituent l'ordre public international, le seul dont nous ayons à nous occuper. La trace, sinon l'affirmation formelle de cette distinction, se trouve assez nettement indiquée dans le texte même de notre Code civil, comme on peut le voir par la comparaison des articles 6 et 3, § 1er. Le premier défend de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs; le second déclare les lois de police et de sûreté obligatoires pour tous ceux qui habitent le territoire, par conséquent sans distinction de nationalité. Par leur rédaction différente et par leur place respective, ces deux textes montrent qu'ils n'ont pas la même portée, malgré l'identité du principe fondamental dont ils ne sont qu'une application, le principe de souveraineté absolue dans l'énoncé des règles qui touchent à la bonne organisation de l'Etat. La différence entre eux apparaît en ce que l'article 6 vise des règles dont l'observation stricte n'est imposée, dans l'intérêt de l'Etat lui-même, qu'aux nationaux, tandis que l'article 3 se réfère à des dispositions dont la violation n'est pas permise même aux étrangers. La distinction entre ces deux ordres publics, l'un interne l'autre international, semble d'autant plus délicate qu'ils procèdent tous les deux d'une même pensée du législateur qui veut sauvegarder les principes essentiels sur lesquels il fait reposer la constitution de son pays. Mais, s'il est vrai de dire que les règles d'ordre public international sont à fortiori d'ordre public interne, c'est-à-dire s'imposent aux nationaux comme aux étrangers, la réciproque n'est pas vraie, et telle disposition qui est rigoureusement obligatoire pour les nationaux de l'Etat peut parfaitement être écartée par ceux des autres pays.*” DESPAGNET, Frantz. *L'Ordre Public en Droit International Privé. Journal du droit international privé: recueil critique de doctrine, jurisprudence et législation, concernant les étrangers et les conflits de lois dans les différents pays*. Paris: Marchal et Billard, 1874, p. 207-209. Em notas de rodapé, Despagnet explica a conexão dessa leitura do direito francês da época com base na dogmática romana: “*C'est par cette distinction de l'ordre public interne et de l'ordre public international qu'il est possible, croyons-nous, d'expliquer que les Romains n'aient pas tout d'abord appliqué aux pèlerins des lois qui semblaient bien avoir le caractère de lois d'ordre public, sans croire, pour cela, ainsi qu'on l'a affirmé, que la notion même de l'ordre public, restrictive de l'application de la loi nationale des étrangers, leur fût inconnue. On invoque, dans le sens de cette dernière opinion, les faits suivants : il fallut une loi spéciale, la lex Sempronia de faenore pour étendre, en 561, aux pèlerins les mesures édictées contre l'usure (Tite-Live, XXXV, 7); et une autre, la lex Didia de*

564. Mas ao estabelecer o instituto como categorização da norma doméstica, estipula-se valor extremamente territorialista à ordem pública. Jacob Dolinger já advertia que “*no plano doutrinário frequentemente a ordem pública representou o retorno à territorialidade antigamente professada e praticada, que não admitia a aplicação de normas jurídicas estrangeiras.*”⁹¹⁵ A própria doutrina francesa abortou, posteriormente, essa dicotomia – muito em razão de seu caráter particularista.⁹¹⁶

565. Por isso que se diz que a ordem pública é “*fenômeno externo, não embutido na própria norma*”.⁹¹⁷ Como esclarece Jacob Dolinger, “[a] *ordem pública paira sobre o sistema jurídico de cada país e comanda a aplicação das normas locais em caráter subsidiário, quando as estrangeiras, que deveriam ser aplicadas por ordem do DIP, lhe forem chocantes.*”⁹¹⁸

sumptu, en 611, pour leur imposer les dispositions restrictives du luxe. Mais on pourrait signaler bien d'autres lois romaines, ayant aussi le caractère de dispositions d'ordre public, qui ne furent appliquées que plus tard aux étrangers, comme la loi Oppia sur le luxe en 541 (Tite-Live, XXXIV, 2 et suiv), la lex Julia vicesima hereditatum et legatorum de 758 (Dion Cassius, liv. 77. 9); ou même des lois dépareille nature dont l'application ne se fit jamais qu'aux citoyens romains, comme la lex Aelia Sentia (Gaius C. I. § 47). Ces particularités s'expliquent parce que les Romains avaient, sinon expressément, du moins implicitement, accepté la distinction d'un ordre public interne opposé à un ordre public international. Cette distinction était en quelque sorte instinctive à une époque où le Droit fut d'abord l'apanage des citoyens; il leur fut même toujours réservé dans sa forme la plus complète et la plus efficace sous le nom de jus civile, tandis que les pèlerins n'y participèrent jamais que d'une manière partielle par les institutions du Droit des gens. Il était donc naturel de penser alors que des dispositions ayant pour but d'assurer la bonne organisation de la société, telles que celles qui réprimaient les excès de l'usure et du luxe, ne devaient s'appliquer qu'à ceux qui constituaient seuls à cette époque la véritable société civile régie par le droit de la cité, c'est-à-dire aux citoyens romains. Plus tard, la présence d'étrangers de plus en plus nombreux et le développement des relations de ces derniers avec les citoyens firent sentir l'inconvénient qu'il y avait à maintenir l'immunité des pèlerins vis-à-vis de ces lois qui passèrent, pour la plupart, du terrain de l'ordre public interne dans celui de l'ordre public international. En définitive, à raison de la distinction si tranchée du jus civile et du jus gentium, nous admettons bien que les lois d'ordre public interne furent, au début surtout, plus nombreuses à Rome que dans les Etats modernes; mais nous ne pouvons admettre que les Romains n'aient pas eu la notion de l'ordre public international.”

⁹¹⁵ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1979. p 4.

⁹¹⁶ “*Qu'est-ce que l'ordre public en définitive? C'est l'ordre dans l'État, c'est-à-dire un certain arrangement des diverses forces sociales, arrangement régulier, normal, durable et combiné, de telle façon que chacun voie ses droits essentiels respectés et puisse développer en toute sécurité et en toute liberté ses facultés tant physiques qu'intellectuelles. Plus brièvement, c'est l'application de certaines règles indispensables à la conservation de l'État. Et bien cela étant, on aperçoit de suite que l'ordre public peut exister ou n'exister pas, mais qu'il n'y a point d'intermédiaire entre ces deux extrêmes. On conçoit l'existence d'un état de fait, tel que l'ordre public existe, on conçoit de même l'existence d'un état de fait tel que l'ordre public n'existe pas, mais on ne conçoit pas que l'ordre public existe au point de vue international et n'existe pas au point de vue national, qu'il y ait en même temps et qu'il n'y ait pas ordre public. Vouloir qu'il en soit ainsi, c'est s'écarter de la notion élémentaire de l'ordre qui fait le fondement de notre théorie, c'est donner à cette expression un sens arbitraire et créé pour les besoins de la cause.*” PILLET, Antoine. *L'Ordre Public en Droit International Privé*. Paris : L. Larose et Forcel, 1890. p. 37.

⁹¹⁷ DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 40.

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 16.

566. Como princípio que é, sua definição deve ser, naturalmente, ampla, aberta e moldável.⁹¹⁹ Jacob Dolinger já afirmava, há muito, que “*a ordem pública no direito internacional privado é relativa ao espaço e ao tempo*”.⁹²⁰ Por isso, pode-se afirmar que a relatividade da ordem pública é premissa essencial da sua construção como conceito jurídico.⁹²¹

567. Extraí-se, daí, o segundo aspecto fundamental da ordem pública: sua *contemporaneidade*.⁹²² A ordem pública é um conceito moldável, que evolui não com as sensibilidades pretorianas,⁹²³ mas sim com os anseios da sociedade como um todo.⁹²⁴

568. Atrelado a esta natureza contemporânea, a ordem pública é, no seu bojo, uma regra de *ponderação*.⁹²⁵ Como afirma Hélène Gaudemet-Tallon, ela tem como função buscar o balanço

⁹¹⁹ A ordem pública internacional tem um caráter puramente pretoriano. A impossibilidade de se estabelecer, *a priori*, o seu conceito (seja pelo legislador, seja pelas partes), acaba por colocar nos ombros do julgador o ônus (e poder) de reconhecer, no caso concreto, a sua materialização: “*Ne pourrait-on pas, de plus, en poussant la thèse à ses limites, énoncer que la qualification d’ordre public étant indissociablement liée à l’appréciation en fait réalisée par le juge, la Cour de cassation ne pourrait en apprécier la légalité, la question étant forcément ‘mêlée de fait et de droit’.*” VAN GYSEL, Alain-Charles e ROMAIN, Jean-François. *Conclusions Générales: L’Ordre Public entre Hétérogénéité et Homogénéité*. In.: ROMAIN, Jean François *et al.* *L’Ordre Public Concept et Applications*. V. III. Bruxelas: Bruylant, 1995, p. 318-319.

⁹²⁰ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1979. p. 118.

⁹²¹ “*O conceito impreciso da ordem pública encontra justificativa na sua mobilidade no espaço e no tempo. Dentro do mesmo país há um conjunto de idéias e sentimentos que forma a civilização moral. Entretanto, a civilização moral de cada povo, na área do Estado, não se estratifica. Observamos o fato no confronto entre as diversas civilizações. Se entre elas, sobretudo as do Ocidente, há uniformidade de princípios morais e políticos, notamos, apesar disto, algumas divergências radicais.*” TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. V. I. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 318.

⁹²² “*Dès lors, puisque c’est bel et bien l’essence d’une société – si ce n’est d’une civilisation – qui est en cause, il n’est pas étonnant que l’ordre public soit tributaire de conditions tenant à la matière, à l’espace et au temps.*” TERRÉ, François. *L’Ordre Public entre Deux Siècles*. *Archives de Philosophie du Droit*. V. 58, n. 1, p. 190, 2015.

⁹²³ “*Esta rejeição não deve depender da sensibilidade jurídica do próprio juiz, que nada mais faz nesta atuação do que refletir um consenso nacional. Assim como ao aplicar a lei nacional o magistrado é o intérprete do legislador, quando recusa aplicar determinada norma legal estrangeira, o juiz se transforma em intérprete da sensibilidade da média de seu povo. Assim como geralmente a filosofia de um povo está adiante da produção de seu legislador, e unida à suas necessidades, provoca, mais ou menos rapidamente, as reformas jurídicas que sente necessárias, também a intromissão do princípio da ordem pública no DIP não reflete necessariamente a interpretação da lei nacional, como a sensibilidade jurídico-moral de um povo. Portanto, ao decidir se deve ou não recorrer à reserva da ordem pública, o magistrado irá se inspirar na mentalidade contemporânea de seu povo, que via de regra estará mais adiantada, mais evoluída, do que a posição da lei no seu estado atual.*” DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 5-6.

⁹²⁴ “*D’une manière générale, l’ordre public permet de protéger ce qui est perçu comme étant, selon le Conseil d’État d’après une formule récente, le ‘socle minimal d’exigences réciproques et de garanties essentielles à la vie en société [...], exigences fondamentales du contrat social, implicites et permanentes’.*” VALENTIN, Vincent. *Les Nouvelles Configurations de l’Ordre Public: La Neutralité, entre Cosmopolitisme et Républicanisme*. *Philosophiques*, v. 46, n. 1, p. 121, 2019. DOI: <https://doi.org/10.7202/1062015ar>.

⁹²⁵ “*Cet évincement de l’ordre public n’est pas moins vraisemblable, si au lieu de suivre un raisonnement conflictualiste, on reconnaît à ces règles alternatives le caractère de règles matérielles d’un caractère particulier. Là loi étrangère n’est plus à proprement parler appliquée ; elle est prise en compte pour obtenir le résultat visé par la loi française ; elle n’est qu’un Moyen au service de la loi du for. Qu’importe le flacon...*

entre o respeito à cultura estrangeira e à norma fundamental do foro, garantindo o adequado manejo da pluralidade de ordens jurídicas.⁹²⁶ Nesse contexto, importante salientar que a ordem pública deve sempre ser observada como princípio de ordem progressista, cuja função não é ordenar um certo conservadorismo, mas sim modernizar a legislação doméstica.⁹²⁷

569. Há, também, que vislumbrar uma quarta característica da ordem pública: a sua *excepcionalidade*.⁹²⁸ A ordem pública é aplicável, segundo Jacob Dolinger, apenas “*em grau de natureza gravíssima*”, para “*impedir a aceitação no foro de situações já consumadas e consagradas no exterior.*”⁹²⁹ Esse aspecto da ordem pública se materializa em suas duas funções: a negativa, de afastar a aplicação da lei estrangeira, e a positiva, de determinar a aplicação da lei do foro.⁹³⁰ Segundo Pascal de Vareilles-Sommières, isso se materializa em dois

L'ordre public ne peut donc plus jouer, car il risquerait d'évincer le droit du for, ce qui est impensable.” FOYER, Jacques. Remarques sur l'Évolution de l'Exception d'Ordre Public International depuis la Thèse de Paul Lagarde. In: *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde – Le Droit International Privé: Esprit et Méthode*. Paris: Dalloz, 2005, p. 288.

⁹²⁶ “*En soi l'exception d'ordre public est légitime et on la trouve d'ailleurs aussi bien dans les systèmes nationaux de droit international privé que dans les conventions internationales. Elle signifie qu'aucune culture ne pourrait, au nom du respect des cultures étrangères, admettre le 'tout est permis' du Raskolnikov de Dostoïevski. Il est primordial pour chaque système de défendre ce qui lui paraît essentiel, mais il doit aussi savoir accepter dans la mesure du possible ce qui vient de l'étranger. Une fois de plus il s'agit de trouver l'équilibre et ce n'est que si l'on parvient à trouver cet équilibre que le droit international privé présentera un 'pluralisme' satisfaisant.*” GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Le Pluralisme en Droit International Privé: Richesses et Faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*. Recueil des Cours, Leiden, n. 312, 2005. p. 408.

⁹²⁷ “*A recusa em neutralizar a aplicação da lei estrangeira através do princípio da ordem pública, no reconhecimento de que determinado ato, mesmo que proibido ou desconhecido do legislador pátrio, não tem o condão de escandalizar o meio social, o que se amplia na aplicação indireta da lei estrangeira, quando a mesma já tiver sido materializada através de uma sentença ou de um contrato no exterior, revela a independência do DIP, sua vitória sobre as tendências territorialista dos séculos anteriores, a vitória do universalismo sobre as mais variadas formas que as teorias particularistas adotara. Podemos ir mais longe e afirmar que a prática do direito internacional privado, sua presença nos tribunais através da aplicação das normas legais estrangeiras, tem contribuído para a evolução e a modernização dos sistemas jurídicos internos, pois nada mais prático e menos arriscado do que aplicar normas legais estrangeiras divergentes das locais, para testá-las no foro, experimentar sua eventual introdução no sistema jurídico local.*” DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1979. p. 5-6.

⁹²⁸ “*Dizer que a ordem pública é excepcional é reconhecer que a ela não se deve recorrer cotidianamente. Se assim se faz; se se age não no extremo do “tudo é permitido” das angústias de Raskolnikov, mas no extremo oposto, o extremo do “tudo é proibido”, de que tudo que vem de outra cultura ou de outro modo de pensar os problemas da vida humana em sociedade nos assusta; no extremo nacionalista e lexforista em que se interdita no foro a incidência de qualquer lei estrangeira pelo simples fato de ela apresentar diferenças, estaremos diante de outra coisa, mas nunca de uma exceção.*” MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. “*A exceção de ordem pública internacional*”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 114, p. 235, 2019.

⁹²⁹ DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 42.

⁹³⁰ “*S'il intervient, l'ordre public met en évidence sa fonction négative. En effet, il procède à l'éviction de la solution découlant de la lex causae étrangère. L'objet de cette éviction est un résultat déterminé, [p173] fondé sur la loi étrangère applicable (ou sur un jugement étranger). Bien que cela ne soit souvent pas mentionné dans la doctrine, l'ordre public n'est pas pour autant dépourvu de tout effet positif. Car le refus du droit étranger ne peut avoir un sens que si la solution prévue par la loi du for aboutit à un résultat opposé, ou pour le moins différent, de celui prévu par la lex causae ou la décision étrangère.*” BUCHER, Andreas. *La Dimension Sociale du Droit International Privé. Recueil des Cours*, Leiden, n. 341, 2010. p. 172-173.

aspectos: um, negativo – o afastamento da lei estrangeira; e outro positivo, qual seja, a aplicação da lei que reconhece um determinado valor como de ordem pública.⁹³¹

570. Essa função se conecta com a sua quinta característica, que observa no princípio da ordem pública uma regra de *coordenação*. Para Andreas Bucher, a ordem pública deve funcionar como norma de limitação entre os campos de aplicação da lei do foro e da lei estrangeira.⁹³²

571. Nesse contexto, Jacob Dolinger também afirma o papel da ordem pública como um elemento de coordenação entre as diversas ordens públicas internacionais. Na visão do mestre carioca, a ordem pública é mais do que uma simples aplicação dos valores fundamentais do foro, representando, sim, um elemento simbiótico entre os valores fundamentais das nações.⁹³³

572. O exame deste último aspecto nos traz a primeira das distinções necessárias para a compreensão do papel da ordem pública na hermenêutica dos contratos comerciais internacionais: aquela entre a ordem pública internacional e a ordem pública transnacional.⁹³⁴

⁹³¹ “[L]a mise en œuvre de ce mécanisme montre en effet la combinaison de deux phases successives, la première aboutissant à la neutralisation de la loi étrangère qui a été préalablement désignée, tandis que la seconde conduit, en principe, à la désignation de la loi du for.” VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. L’Exception d’Ordre Public et la Régularité Substantielle Internationale de la Loi Étrangère. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 371, 2015. p. 167.

⁹³² “Les clauses d’exception ayant pour but de tenir compte de l’évolution des objectifs de règles de conflit, elles sont destinées à promouvoir des solutions mieux conformes aux intérêts des États à l’application de leurs lois, ainsi qu’aux besoins de la coordination des systèmes. Cette fonction englobe celle qui est propre à l’ordre public, tout en dépassant celle-ci, étant donné qu’elle peut conduire à redéfinir le contenu de la règle de conflit, non seulement dans un souci de mieux respecter les règles d’ordre public du for, mais également dans le but de mieux définir, sur cette base, le domaine d’application des lois étrangères. L’ordre public peut ainsi ouvrir la voie vers une nouvelle orientation des règles de transition, permettant une adaptation progressive des règles de conflit au domaine d’application nécessaire à l’efficacité des objectifs, tant de la loi du for, que des lois étrangères.” BUCHER, Andreas. L’Ordre Public et le But Social des Lois em Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 239, 1993. p. 78

⁹³³ “Não reconhecendo na ordem pública uma regra, preferindo ver nela uma reserva, um remédio, uma exceção, achamos contudo que a tese de Pillet merece todo apoio em matéria de reconhecimento dos efeitos da aplicação da ordem pública por outra jurisdição. Quando a ordem pública dos dois Estados envolvidos coincidirem em sua repulsa à lei do terceiro Estado, não vemos efetivamente como deixar de reconhecer e dar execução aos efeitos da ordem pública da outra jurisdição, mas mesmo quando isto não ocorrer, quando o foro tiver posição neutra com relação à lei do Estado C que fere a ordem pública do Estado B em que se praticou o ato ou se prolatou a sentença, achamos que isto deve ser reconhecido no foro, em respeito ao princípio da ordem pública que é superior à regra de conexão, a qualquer regra de conexão, e como bem disse Pillet, o direito internacional privado, fundado no espírito da comunidade jurídica internacional, comandado pelo moderno direito internacional público, deve considerar e reconhecer a ordem pública de outro Estado desde que isto não fira a sua própria ordem pública.” DOLINGER, Jacob. A evolução da ordem pública no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1979. p.147-148.

⁹³⁴ “Avant d’en venir au domaine “culturel”, il est indispensable de compléter ces généralités en se posant la question suivante : n’existe-t-il pas — en dehors de la notion classique d’Ordre public dans le système national de droit international privé (par exemple celui des articles 17, 18 et 19 LDIP) — un Ordre public

Em uma tentativa de afastar um risco de particularismo eventualmente decorrente da exceção de ordem pública,⁹³⁵ a doutrina construiu uma noção de ordem pública transnacional.⁹³⁶

573. Segundo aqueles que defendem essa visão, a ordem pública transnacional seria consistente no conjunto de valores da sociedade transnacional.⁹³⁷ Pierre Mayer *et al.*, por exemplo, afirmam que este conceito transnacional inclui princípios das “nações civilizadas”, fundadas no direito natural e na justiça universal.⁹³⁸

574. Essa concepção, entretanto, não parece afastar o caráter particularista da ordem pública.⁹³⁹ Ao conectar o conceito com o conjunto de valores aceitos pelas “nações civilizadas”,

“transnational”” où véritablement “international”, commun à plusieurs nations ou même à l'ensemble de celles-ci?” LALIVE, Pierre. *Réflexions sur un Ordre Public Culturel*. In: WYLER Eric ; PAPAUX Alain. (eds). *L'Extranéité ou le Dépassement de l'Ordre Juridique Étatique*. Paris: Pedone, 1997, p. 161. O mestre de Genebra respondeu essa pergunta diversas vezes; em um de seus textos mais citados, Lalive afirma que: “There is no valid theoretical reason to challenge the acceptance of a concept of transnational or really international public policy, a concept which, in practice, whether in the law of nations or in the law of international trade, has been recognized as real for quite a long time.” LALIVE, Pierre. “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”. In: SANDERS, Pieter (ed.) *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*. ICCA Congress Series, V. III. Nova York: Kluwer Law International, 1987, p. 310. Nesta mesma linha, cf. LALIVE, Pierre. *Ordre Public Transnational (ou Réellement International) et Arbitrage International*. *Revue de l'Arbitrage*, v. 1986, n. 3, p. 364, 1986, onde o autor faz a mesma afirmação.

⁹³⁵ “Chargé de l'expurger d'une partie de ses scories de particularisme, il puisse néanmoins les racines de l'ordre public international dans l'ordre juridique du for, même s'il peut s'en démarquer de multiples façons.” JACQUET, Jean-Michel. *L'Ordre Public Transnational*. In: LOQUIN, Éric; MANCIAUX, Sébastien (org.) *L'Ordre Public et L'Arbitrage*. Paris: LexisNexis, 2014, p. 105.

⁹³⁶ “While narrowing public policy to the domestic-international level represents a welcomed development, this fact alone is not sufficient to elevate its content to the transnational plane. As seen in the following chapter, only public policy rules with certain characteristics are deemed ‘transnational or ‘truly international.’ Transnational public policy attends to the effects of the breach on the international community, rather than a national legal system. Conversely, while some rules applied under the guise of the forum’s international public policy belong in essence to transnational public policy, a public policy rule remains domestic-international where it pursues, and is objectively confined to, the interests of a national legal system or a particular national culture.” CONDE E SILVA, Gui. *Transnational Public Policy in International Arbitration*. Ph.D Thesis presented to Queen Mary University, 2007, p. 101-102

⁹³⁷ “L'idée même qu'il puisse exister un ordre public réellement international paraît pourtant opérer une rupture fondamentale avec l'approche traditionnelle qui lie l'ordre public international au pouvoir interne de l'État. Au sens où l'expression est habituellement entendue, l'ordre public réellement international rassemble en effet les norms d'ordre public international qui, parce qu'elles feraient l'objet d'un consensus universel, auraient vocation à prévaloir devant n'importe quel forum ayant juridiction a l'égard de personnes privées.” FORTEAU, Mathias. *L'Ordre Public ‘Transnational’ ou ‘Réellement International’*. *Journal du Droit International*, n. 1, p. 7, 2011.

⁹³⁸ “The concept of ‘transnational public policy’ or ‘truly international public policy’ is of even more restricted scope, but of universal application – comprising fundamental rules of natural law, principles of universal justice, jus cogens in public international law, and the general principles of morality accepted by what are referred to as ‘civilised nations.’” MAYER, Pierre *et al.* *Report on the Sixty-Ninth Conference of the International Law Association*. V. 69. Londres: ILA, 2000, p. 346.

⁹³⁹ “Es lógico que así suceda, por otra parte, en relaciones jurídicas complejas, el contenido de cuyo cumplimiento económico se desarrolla en casi toda su extensión en el país prestatario, al amparo de sus leyes y normas reglamentarias, en función de intereses muy caros a su comunidad y que, por tanto, su orden público

seus defensores podem até afastar o caráter *lex forista*, mas se fundam, de certa forma, em uma visão ocidentalizada – quiçá chauvinista – de ordem pública.⁹⁴⁰

575. Contudo, ordem pública não deve servir como fundamento para justificar qualquer chauvinismo.⁹⁴¹ A nosso ver, o correto seria qualificar o princípio da ordem pública como elemento de coordenação entre as diversas ordens públicas dos diferentes Estados.⁹⁴²

576. A segunda distinção importante para entender a função da ordem pública na interpretação e integração das avenças internacionais é a diferença entre o princípio da ordem pública e as *overriding mandatory provisions*. Como se viu acima, a ordem pública é princípio, preceito, ou, nas palavras de Jacob Dolinger, “*um anjo da guarda do sistema jurídico de determinada sociedade.*”⁹⁴³

577. A ordem pública naturalmente se irradia por dentro não só das *overriding mandatory provisions*, mas também das regras de conflito de leis – incluindo a autonomia da vontade. Segundo Jacob Dolinger, “[a] ordem pública comanda a aplicação da norma jurídica, o direito positivo, não admitindo que as partes optem por outra solução.”⁹⁴⁴

578. Por isso que se diz que a ordem pública possui três graus de aplicação. O primeiro, na própria essencial das *overriding mandatory provisions*. O segundo, na construção e aplicação das normas de conflito. E o terceiro, como exceção à validade dos atos estrangeiros.⁹⁴⁵

internacional debe resguardar.” BALESTRA, Ricardo. “El Orden Público en la Contratación Internacional”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.068.

⁹⁴⁰ Para um exame de como a ordem pública pode se tornar instrumento de intolerância, cf. CHEDLY, Lotfi. L’Efficacité de l’Arbitrage Commercial International. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 400, 2019. p. 590-593.

⁹⁴¹ “*Ce particularisme étant accepté, l’ordre public ne doit pas, en revanche, devenir un instrument de chauvinisme, en ce sens qu’il devient un instrument de repli sur soi, en défendant des principes rejetés par la communauté internationale, ou en étant mis en œuvre d’une manière telle qu’elle dépasse les besoins légitimes d’un ordre juridique.*” CHEDLY, Lotfi. L’ordre public en droit international privé, instrument de chauvinisme, d’impérialisme ou d’universalisme? In: COTTIER, Bertil (org). *Impérialisme et chauvinisme juridiques: rapports présentés au colloque à l’occasion du 20e anniversaire de l’Institut suisse de droit comparé*. Lausanne: Schulthess, 2004, p. 151.

⁹⁴² “*A ordem pública universal comandará respeito em cada jurisdição pela ordem pública dos outros Estados, poderá fazer com que as jurisdições abdicuem de aplicar seu próprio direito e até seu princípio de ordem pública, numa nova e ampliada comitas gentium.*” DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1979. p. 263.

⁹⁴³ *Ibid.*, p. 41.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 41.

⁹⁴⁵ “*E este princípio tem aplicações em vários níveis. Em sua gradação inicial, mais tênue, serve para garantir o império de determinadas regras contra a vontade das partes. [...]. Em determinadas outras questões, mais*

579. Estabelecidos os principais aspectos da ordem pública passa-se, agora, ao seu papel na metodologia hermenêutica ora proposta. Neste método, a ordem pública tem papel limitador da interpretação internacionalista – o intérprete deverá se abster de afastar ou modular a norma do direito doméstico se ela representar uma função da ordem pública internacional.

580. Não deve, contudo, o hermeneuta se limitar ao exame da ordem pública do foro – sob pena de cair na armadilha *lex forista*. Deve, também, se preocupar em analisar a ordem pública dos Estados que possam vir a ter interesse no reconhecimento e execução do ato objeto de interpretação, ou do ato produzido como conclusão do esforço interpretativo.

581. Isso porque a ordem pública serve, no plano do direito internacional privado, como norma de controle da atuação jurisdicional,⁹⁴⁶ de onde emana, em muitos casos, a interpretação e integração de um contrato do comércio internacional. Afinal, as regras que comandam o controle de exequibilidade do ato decisório estrangeiro invariavelmente levam em conta a ordem pública como critério de delibação.⁹⁴⁷

582. No caso das sentenças judiciais, por exemplo, diversos códigos preveem a possibilidade de reforma, anulação ou rescisão do ato jurídico em caso de violação da ordem pública.⁹⁴⁸ Um bom exemplo é o artigo 17 da LINDB. Lá, prevê-se que “[a]s leis, atos e

delicadas, em que o aplicador da lei entenda que a ordem pública não admite o emprego de uma lei estrangeira aplicável segundo o DIP, terá que rejeitá-la e procurar outra solução. As regras de conexão do Direito internacional privado tem seu efeito paralisado sempre que se entender que a ordem pública impede a aplicação de normas estranhas, por lhe serem chocantes, perturbadoras. Este é o segundo grau da ordem pública. Esta ordem pública que nega aplicação a determinada norma legal estrangeira que lhe seja chocante, poderá, todavia, tolerar o reconhecimento de uma situação adquirida no exterior com base nesta mesma norma estrangeira, porque, após consumada a situação, o seu mero reconhecimento não tem a mesma gravidade e não perturba a ordem pública. Mas poderá haver um instituto estrangeiro tão chocante e que com tamanha intensidade represente um escândalo para o foro, que a sua ordem pública não admita sequer reconhecer uma situação já constituída e consumada. Este é o terceiro e mais elevado grau do princípio da ordem pública.” DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1979. p. 41.

⁹⁴⁶ “*Les principes fondamentaux de l'ordre juridique, auxquels la sentence internationale étrangère est confrontée dans le cadre du contrôle qui s'exerce sur elle, sont exactement les mêmes que ceux auxquels on confronte une sentence interne. L'ordre public international a le même contenu que l'ordre public interne.*” MAYER, Pierre. *La Sentence Contraire à l'Ordre Public au Fond*. *Revue de l'Arbitrage*, n. 4, p. 643, 1994.

⁹⁴⁷ “*From the public side, the recognition of foreign judgments presents a double-edged sword. Both the United States and Europe have recognized that the existence of a single economic market requires the free movement of judgments. At the same time, the judgment of a foreign court is a legal act of a foreign State, and giving it effect within the territory of another sovereign State requires attention to basic issues of fair procedure and fundamental public policy.*” BRAND, Ronald. *Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 358, 2013. p. 96.

⁹⁴⁸ “*Because a foreign adjudication is the product of another legal order whose standards of procedural and substantive justice may differ profoundly from those of the State addressed, international recognition practice*

sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

583. Na França, o artigo 6º do Code Civile prevê que “[o]n ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs.” Regras similares existem na Alemanha⁹⁴⁹ e na Itália,⁹⁵⁰ por exemplo.

584. A regra possui, também, uma dimensão processual. A eficácia das sentenças estrangeiras (arbitrais ou judiciais) usam a violação da ordem pública como critério central. No campo das sentenças judiciais estrangeiras, veja-se o artigo 7(1)(c) da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial, assinada na Haia em 2019 (“Convenção da Haia”).⁹⁵¹

585. Este dispositivo se espelha no direito comparado. Veja-se o caso do artigo 963, VI, do Código de Processo Civil Brasileiro⁹⁵² e do artigo 45(1)(a) do Regulamento (EC) nº. 1215/2012 sobre jurisdição e reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil e comercial (“Regulamento Bruxelas I”),⁹⁵³ por exemplo, também dispõem sobre a inexecutabilidade de sentenças estrangeiras que violam a ordem pública internacional.

586. Os países oriundos da *common law* também reconhecem as normas de ordem pública como barreiras para a executabilidade de sentenças judiciais estrangeiras. Nos Estados Unidos,

universally includes a public policy exception.” MEHREN, Arthur von. *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments — General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 167, 1980. p. 47.

⁹⁴⁹ Art. 138(1) do BGB: A legal transaction which is contrary to public policy is void. (Tradução disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁵⁰ Art. 1.343 do Codice Civile: La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume.

⁹⁵¹ Art. 7(1) Recognition or enforcement may be refused if: [...] recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State and situations involving infringements of security or sovereignty of that State.

⁹⁵² Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: [...] VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública.

⁹⁵³ Art. 45(1) On the application of any interested party, the recognition of a judgment shall be refused: (a) if such recognition is manifestly contrary to public policy (ordre public) in the Member State addressed.

588. Tanto o UFMJ de 1962 quanto o UFMJ de 2005 preveem a possibilidade de recusa do exequatur às sentenças estrangeiras que violem a ordem pública. É o que dispõe a seção 4(b)(3) do UFMJ de 1962⁹⁵⁶ e a seção 4(c)(3) do UFMJ de 2005.⁹⁵⁷ Ademais, as cortes americanas também adotam esse requisito em seus precedentes: em *Osorio v. Dow Chemical Co.*,⁹⁵⁸ por exemplo, a *United States Court of Appeals for the 11th Circuit* manteve a decisão da *United States District Court for the Southern District of Florida*⁹⁵⁹ que afirmou que a exequibilidade de uma decisão estrangeira depende da avaliação da ocorrência de violação à ordem pública.⁹⁶⁰

589. Já no campo da arbitragem comercial internacional, a ordem pública tem, em geral, papel duplo, tanto no controle de validade quanto de exequibilidade da sentença arbitral.⁹⁶¹ Tome-se como primeiro exemplo o artigo 34(2)(b)(2) da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, que afirma que “[a]n arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: [...] the court finds that: [...] (ii) the award is in conflict with the public policy of this State.”

590. Regra similar é inserida não só nos ordenamentos que adotaram a Lei Modelo da UNCITRAL, como na Seção 1059(2)(2)(b) do *Zivilprozessordnung* (“ZPO”) alemão,⁹⁶² como também em outros sistemas jurídicos.⁹⁶³ O artigo 1520(5) do *Code de Procedure Civile*

⁹⁵⁶ Seção 4(c) A foreign judgment need not be recognized if: [...] (3) the cause of action or claim for relief on which the judgment is based is repugnant to the public policy of the United States [or of the State or Commonwealth].

⁹⁵⁷ Seção 4(c) A court of this state need not recognize a foreign-country judgment if: [...] (3) the judgment or the [cause of action] [claim for relief] on which the judgment is based is repugnant to the public policy of this state or of the United States.

⁹⁵⁸ *Osorio v. Dow Chemical Co.*, 635 F3d 1277 (11th Cir 2011).

⁹⁵⁹ *Osorio v. Dole Food Co.*, 665 F Supp 2d 1307 (SD Fla 2009).

⁹⁶⁰ “The Court finds that enforcing this judgment would undermine public confidence in the tribunals of this state, in the rule of law, in the administration of justice, and in the security of individuals’ rights to a fair judicial process. As such, the Court declines to recognize this judgment because the “cause of action or claim for relief on which the judgment is based is repugnant to the public policy of this state.” *Osorio v. Dow Chemical Co.*, 635 F3d 1277 (11th Cir 2011).

⁹⁶¹ “Sans doute est-il légitime de souhaiter la délocalisation de l’arbitrage international, mais il ne faut pas en sous-estimer les difficultés. Les contraintes d’un lieu sont, certes, liées à certaines formalités ou à certaines obligations procédurales. Mais le plus important est le recours susceptible d’être exercé, qui est souvent un contrôle de validité. Hors du lieu de l’arbitrage, ce sera un simple contrôle de reconnaissance. La différence est que la non-reconnaissance a par hypothèse un effet limité à l’Etat qui la prononce, alors que la nullité pourrait déborder l’Etat de l’arbitrage.” FADLALLAH, Ibrahim. L’Ordre Public dans Les Sentences Arbitrales. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 249, 1994. p. 386-387.

⁹⁶² Art. 1.059 (2) (2) An arbitral award may be set aside only if: [...] 2. the court finds that [...] b) the recognition or enforcement of the arbitral award will lead to a result that is contrary to public policy (ordre public). Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁶³ Uma exceção notável é a Lei de Arbitragem brasileira, que não prevê, no seu artigo 32, a violação à ordem pública como critério de validade da sentença arbitral. Neste sentido, cf. cf. APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem Pública e Processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil*. São Paulo:

francês,⁹⁶⁴ por exemplo, prevê a possibilidade de anulação da sentença arbitral proferida na França quando ela atentar contra a ordem pública.

591. Já no plano das sentenças arbitrais estrangeiras, a regra que impõe barreira à exequibilidade desses atos internacionais encontra-se gravada no artigo V(2)(b) da Convenção de Nova York. Esse dispositivo afirma que o reconhecimento de uma sentença arbitral pode ser recusado se a sentença for contrária à ordem pública do local de reconhecimento.⁹⁶⁵ Regra idêntica está prevista no artigo 5(2)(b) da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá em 1975 (“Convenção do Panamá”).⁹⁶⁶

592. Por isso, o intérprete deve observar a ordem pública não só do foro da disputa, como também da lei aplicável e dos eventuais foros de execução da sentença (arbitral ou judicial). Fazê-lo é essencial, portanto, para proteger não só a validade e exequibilidade do ato decisório internacional, mas, também, a sua própria internacionalidade.

593. Afinal, um dos caracteres essenciais dos atos jurídicos internacionais é, justamente, sua *circulabilidade*.⁹⁶⁷ O fato de as sentenças estrangeiras – arbitrais ou judiciais – que interpretam os contratos do comércio internacional produzirem efeitos em diversos sistemas jurídicos é um dos elementos fundamentais da sua própria internacionalidade. Ao não se atentar para a ordem

Atlas, 2011. p. 49 e 50, onde o autor afirma que: “A maior parte da doutrina considera que o rol do artigo 32 é taxativo, não pode ser ampliado pelas partes” e que “De toda forma, na casuística forense o que se observa é a tentativa de revisão das sentenças arbitrais pelo enquadramento da situação concreta em algumas das hipóteses já contempladas na lei.” Há quem defenda, contudo, essa possibilidade. Cf., e.g., ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 268, onde se lê: “Entretanto, apesar desses ponderáveis argumentos, é difícil de aceitar que seja válida no Brasil e possa ter seus efeitos reconhecidos – inclusive igualando-se, para todos os fins, até mesmo execução forçada, a uma sentença judicial transitada em julgado –, eventual decisão arbitral que, aplicando direito brasileiro ou estrangeiro, resulte em uma incompatibilidade flagrante com algum aspecto fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, ou desconsidere totalmente eventual regramento imperativo determinado por lei ou pela Constituição e que seja aplicável à espécie controvertida, de modo a tornar-se a sentença incompatível com um padrão mínimo de juricidade, de acordo com as concepções nacionais prevalentes.”.

⁹⁶⁴ Art. 1520 Le recours en annulation n'est ouvert que si: [...] 5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

⁹⁶⁵ Art. V(2) 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: [...] b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

⁹⁶⁶ Art. 5(2) The recognition and execution of an arbitral decision may also be refused if the competent authority of the State in which the recognition and execution is requested finds: [...] b. That the recognition or execution of the decision would be contrary to the public policy ("ordre public") of that State.

⁹⁶⁷ “[F]ree movement of civil judgments is essential to enabling cross-border trade and to ensuring legal certainty.” HAZELHORST, Monique. *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*. Cham: Springer, 2017, p. 16.

pública, coloca-se em risco tal circulabilidade, e, como consequência, arrisca-se, também, a eficiência e a segurança jurídica do contrato.

594. Dois exemplos hipotéticos ilustram bem o funcionamento dessa dinâmica. O primeiro envolve um contrato celebrado entre uma parte da Austrália (produtor) e uma parte francesa (distribuidor), para a distribuição exclusiva de produtos médicos no Brasil. O contrato é regido pela lei francesa e prevê que disputas dele decorrentes serão dirimidas no foro do Rio de Janeiro.

595. Imagine-se, ainda, que uma disputa entre as partes envolva a possibilidade de resolução do contrato: o produtor alega que o distribuidor não cumpriu com as metas de vendas previstas no contrato para o ano de 2019, o que lhe daria o direito de resolver a avença. Por outro lado, o distribuidor afirma que não cumpriu as metas pois o produtor alterou unilateralmente o regime de transporte dos produtos, o que fez o distribuidor atrasar a entrega dos produtos a seus compradores, fazendo-o perder relevante parcela do *market share* local.

596. O distribuidor, então, entra com ação buscando a declaração de que o produtor não possui o direito de resolver o contrato. Para justificar sua posição, argumenta que a alteração unilateral do regime de transporte foi feita em violação ao dever de boa-fé e cooperação na persecução do sucesso da parceria. O produtor, por outro lado, alega que a alteração do regime de transporte se deu por imposição da lei australiana, e, portanto, fora de seu controle.

597. A cláusula geral da boa-fé é prevista na lei francesa⁹⁶⁸ e na lei brasileira.⁹⁶⁹ Dentro do conceito de boa-fé, encontra-se o dever de cooperar para o sucesso do programa contratual.⁹⁷⁰

598. Mas a boa-fé não é regradada de forma consistente ao redor do mundo.⁹⁷¹ Em *Bhasin v. Hrynew*,⁹⁷² por exemplo, a Suprema Corte do Canadá – examinando o status do

⁹⁶⁸ Art. 1.104 do Code Civile: “*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.*” Nesta mesma linha: “*S’est ainsi dessinée une évolution générale du droit positif, qui a permis l’enrichissement du concept de bonne foi par une objectivation de plus en plus intense de celle-ci, d’abord à base de faute puis sans faute, d’où l’apparition de nouveaux domaines du principe général de bonne foi.*”. ROMAIN, Jean-François. *Théorie Critique du Principe Général de Bonne Foi en Droit Privé*. Bruxelas: Bruylant, 2000, p. 963.

⁹⁶⁹ Art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Nesta mesma linha: “*Por esse modelo objetivo de conduta, levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo, o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva, deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.*” MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul-set. 1998, p. 14.

⁹⁷⁰ Sobre o direito brasileiro, cf.: “*Do ponto de vista estrutural a funcionalidade da boa-fé objetiva no Código Civil caminha em tríplice direção: o de atuar como critério ou norte indicador do teor geral da cooperação intersubjetiva existente em toda e qualquer relação obrigacional; como cânone hermenêutico e integrativo da atividade negocial; como baliza ao exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas subjetivas, caracterizando, assim, uma renovada noção de ilicitude civil.*” MARTINS-COSTA, Judith. “Os Campos Normativos da Boa-Fé Objetiva: As Três Perspectivas do Direito Privado Brasileiro”. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira et al (org.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas: Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 399. Sobre o direito francês, cf.: “*Le créancier et le débiteur d’une obligation contractuelle sont donc tenus de respecter le rapport juridique qui les unit en agissant de bonne foi l’un envers l’autre. L’existence de leur situation contractuelle leur crée en quelque sorte des devoirs juridiques propres.*” RIPERT, Georges. *La Règle Morale dans Les Obligations*. 4ª ed. Paris: LGDJ, 1949, p. 298.

⁹⁷¹ “O conceito de boa-fé varia conforme o cenário cultural que seja estudado.” INFANTE, Fábio. “A Boa-fé no Comércio Internacional”. In: JUNIOR, Umberto Celli et al. (coord.). *Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 519. A grande dicotomia existente hoje é entre o tratamento da boa-fé nos países que adotaram o direito civil e os que têm origem na *common law* inglesa: “*In spite of this far reaching acceptance of good faith, both in the area of substantive law and in the field of arbitral procedure, the question whether a general principle of good faith really exists is far from settled. This is mainly due to the fact that in common law, a general overarching principle of good faith has always met with great scepticism or even outright hostility. The concept of a general duty of good faith has been regarded as inherently unclear and vague and against a party’s genuine right to pursue its own interests as an integral element of the principle of freedom of contract.*” BERGER, Klaus Peter; ARNTZ, Thomas. “Good faith as a ‘General Organising Principle’ of the Common Law”. *Arbitration International*, v. 32, n. 1, p. 168-169, 2016. Para um exame mais detalhado do conceito da boa-fé nos países de *common law*, cf. FARNSWORTH, E. Allan. Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, New Orleans, v. 3, p. 47-60, 1995; FARNSWORTH, E. Allan. Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code. *The University of Chicago Law Review*, v. 30, n.4, p. 666-679, 1963; e FARNSWORTH, E. Allan. Good Faith in Contract Performance. In: BEATSON, Jack e FRIEDMANN, Daniel (org.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Nova York: Oxford University Press, 1995. p. 153-170.

⁹⁷² *Bhasin v Hrynew* 2014 SCC 71, [2014] 3 SCR 494 [58].

desenvolvimento da boa-fé nos ordenamentos de *common law* – afirmou que “[t]he law of good faith performance in Australia is still developing and remains unsettled.”

599. O *leading case* sobre a aplicação da boa-fé nos contratos internacionais na Austrália é *Burger King Corporation v Hungry Jack's*.⁹⁷³ Nesse caso, a *New South Wales Court of Appeal* examinava um contrato de franquia celebrado entre a *Burger King Corporation* – uma companhia estadunidense que detém e opera a marca *Burger King*, uma das maiores redes de *fast food* do mundo – e a *Hungry Jacks Pty Ltd.*, sua contraparte australiana.

600. A franqueada alegava que o contrato incluía uma obrigação implícita de boa-fé, violada pela franqueadora ao negar a concessão de financiamento para a expansão da rede. Por outro lado, a franqueadora alegava que não haveria, no direito australiano, uma regra que impunha um dever ou obrigação de agir de boa-fé em contratos comerciais. A corte Australiana decidiu que a obrigação de boa-fé exige que a parte não aja em propósito estranho ao contrato, mas não estipula um dever específico de cooperar.⁹⁷⁴

601. As fontes internacionais dos contratos do comércio transfronteiriço também não tratam a boa-fé de forma homogênea. A boa-fé aparece na CISG apenas no artigo 7(2), que prega a observância à “*boa-fé no comércio internacional*”. Esse dispositivo, contudo, diz respeito exclusivamente à interpretação das normas da própria Convenção, e, no entendimento doutrinário vigente, não cria necessariamente um dever objetivo de conduta aos contratos sujeitos às regras da Convenção.⁹⁷⁵

⁹⁷³ *Burger King Corporation v Hungry Jack's* (2001) 69 NSWLR 558.

⁹⁷⁴ “For present purposes, and without deciding the matter, we propose to assume that BKC’s submission on this is correct and that this part of cl 4(1)(b) has contractual content. Once that assumption is made, it can be immediately seen that the provision is also wide and can have both an objective and subjective content. That being so, it reinforces our view that BKC’s contractual powers under cl 4.1 are to be exercised in good faith and reasonably. That does not mean that BKC is not entitled to have regard only to its own legitimate interests in exercising its discretion. However, it must not do so for a purpose extraneous to the contract - for example, by withholding financial or operational approval where there is no basis to do so, so as to thwart HJPL’s rights under the contract.” *Burger King Corporation v Hungry Jack's* (2001) 69 NSWLR 558.

⁹⁷⁵ “On the other hand, the CISG does not contain any express provision that the individual contract has to obey the maxim of good faith. The text of CISG Article 7(1) covers only the application of the CISG, rather than the parties’ rights and obligations and their exercise and performance directly. The wording was agreed upon only after lengthy deliberations and it was meant as a final rejection of more far-reaching proposals to apply the principle of ‘good faith and fair dealing’ to the obligations and the behavior of the parties themselves.” FELEMEGAS, John. “Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL”. *Pace International Law Review*, V. 13, n°. 2, p. 400-401, 2001.

602. Já os Princípios do UNIDROIT, em seu artigo 1.7(1), afirmam que as partes devem agir de boa-fé.⁹⁷⁶ Ademais, os Princípios também concedem à boa-fé a função de *implied terms* ao contrato;⁹⁷⁷ é o que dispõem os artigos 4.8.⁹⁷⁸ e 5.1.2.⁹⁷⁹ Esses dispositivos estipulam, portanto, uma função normativa da boa-fé como verdadeira norma de conduta similar à prevista na lei francesa.⁹⁸⁰

603. Há, todavia, um outro elemento relevante nesse caso: o segundo parágrafo do artigo 1.104 do *Code Napoléon* afirma que a regra de boa-fé é “*est d'ordre public.*” Essa norma segue linha similar ao artigo 1.7(2) dos Princípios do UNIDROIT, que impedem as partes de excluir o dever de conduta de boa-fé.⁹⁸¹

604. Esses dispositivos indicam que fontes o direito dos contratos comerciais internacionais aplicáveis a este contrato reconhecem um valor maior na boa-fé.⁹⁸² Poder-se-ia dizer, inclusive, que a boa-fé é da essência do comércio internacional.⁹⁸³ Ignorá-la, portanto, pode trazer o risco de violação da ordem pública internacional.

⁹⁷⁶ Art. 1.7(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

⁹⁷⁷ “Different reasons may account for the fact that they have not been expressly stated. The implied obligations may for example have been so obvious, given the nature or the purpose of the obligation, that the parties felt that the obligations “went without saying”. Alternatively, they may already have been included in the practices established between the parties or prescribed by trade usages according to Article 1.9. Yet again, they may be a consequence of the principles of good faith and fair dealing and reasonableness in contractual relations.” Cf. UNIDROIT. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁷⁸ Art. 4.8 (1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied. (2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to (a) the intention of the parties; (b) the nature and purpose of the contract; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness.

⁹⁷⁹ 5.1.2. Implied obligations stem from (a) the nature and purpose of the contract; (b) practices established between the parties and usages; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness.

⁹⁸⁰ “This means that good faith and fair dealing may be considered to be one of the fundamental ideas underlying the Principles” Cf. UNIDROIT. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁸¹ Art. 1.7(2) The parties may not exclude or limit this duty.

⁹⁸² “Il principio potrebbe apparire ovvio, specie dal unto di vista metodologico. Le nozioni aventi veste di clausole generali, si sottraggono per definizione allá possibilità di una regolamentazione pattizia. Sembrerebbe un controsenso elevare o abbassare pattizamente ad libitum la soglia di ‘correttezza’ o di ‘ragionevolezza’. In altre parole, lo standard di corretteza o di ragionevolezza non può essere oggetto dela autonomia delle parti.” DI MAJO, Adolfo. “L’Osservanza dela Buona Fede nei Principi UNIDROIT sui Contratti Commerciali Internazionali”. In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997, p. 158.

⁹⁸³ “A prática internacional, reconhece a necessidade da boa-fé.” BAPTISTA, Luiz Olavo. “A Boa-fé nos Contratos Internacionais”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 819.

605. O segundo exemplo hipotético envolve um contrato celebrado entre uma companhia canadense e a subsidiária portuguesa de uma empresa alemã para que a segunda busque, junto à membros do Parlamento português, tentar aprovar um projeto de lei que conceda créditos tributários à indústria de energia limpa. O contrato prevê, ainda, a aplicação da lei alemã e que qualquer disputa decorrente do contrato seja resolvida por arbitragem, administrada pela CCI.

606. Após o projeto ser rejeitado pelo legislativo português, as partes divergem quanto ao pagamento devido pelo segundo escopo previsto no contrato. A parte canadense alega que o fato de a lei portuguesa impedir a atividade de *lobbying* faz com que a atividade exercida pela consultora seja ilícita naquele país, o que afasta a validade do contrato. A consultora, por outro lado, afirma que a lei alemã – que se aplica ao contrato – permite a atividade de *lobbying*, e que, por isso, deveria ser remunerado por ter tentado a aprovação do projeto.

607. A lei alemã foi uma das primeiras a autorizar o exercício da atividade de *lobbying*. Em 1956, a *Bundesverfassungsgericht* – a corte constitucional alemã – entendeu não haver qualquer inconstitucionalidade no exercício da atividade.⁹⁸⁴ Recentemente, o Parlamento alemão aprovou o *Lobbyregistergesetz*, uma lei regulando a atividade no país.⁹⁸⁵

⁹⁸⁴ BVerfGE 5, 85-393, decisão de 17 ago. 1956. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html>. Acesso em: 16 abr. 2023. Naquela ocasião, a Corte decidiu que: “*Es läßt sich nicht bezweifeln, daß außerparlamentarische Aktionen vielfältiger Art. denkbar sind, die einer legitimen Einwirkung auf das Parlament dienen können, vor allem soweit sie dazu bestimmt sind, die Abgeordneten über die bei den Wählern zu bestimmten politischen Fragen vorhandenen Meinungen zu unterrichten. An sich ist es daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, daß "Interessengruppen" auf die Mitglieder des Parlaments einzuwirken suchen; auch Massenaktionen der Arbeiterschaft sind grundsätzlich nicht unzulässig.*” (tradução livre: “[t]here can be no doubt that there are many kinds of extra-parliamentary actions which can serve to legitimately influence Parliament, especially in so far as they are intended to inform the deputies of the opinions of the electorate on certain political questions. In itself, therefore, it is not constitutionally objectionable that ‘interested groups’ try to influence the members of Parliament; mass actions by the workers are also not permitted as a matter of principle.”) “

⁹⁸⁵ Cf. Act Introducing a Lobbying Register for the Representation of Special Interests vis-à-vis the German Bundestag and the Federal Government (Lobbying Register Act – Lobbyregistergesetz), 16 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bundestag.de/resource/blob/870452/41e5c2f593b16c960d86c0041a377862/Gesetz-EN-neu-data.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

608. Em Portugal, não há lei autorizando ou regulando a atividade.⁹⁸⁶ Pelo contrário; o lobby pode constituir crime de tráfico de influência naquele país.⁹⁸⁷ O artigo 335 do Código Penal Português afirma ser crime “*solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, junto de qualquer entidade pública, nacional ou estrangeira*”.

609. Nesse caso, o intérprete deve atentar-se ao fato que, ainda que não aplicável ao caso, a ordem pública portuguesa pode afastar a exequibilidade do contrato em questão se perquirida em Portugal. Nesse caso, deve o operador do direito interpretar a avença de forma a garantir a exequibilidade (e *circulabilidade*) de sua própria decisão.

610. Em conclusão, a ordem pública tem papel relevante no controle e limite da interpretação internacionalista do contrato. Deve o operador do direito observar se a interpretação ou integração adotada observa a ordem pública do foro da disputa, ou se não viola, de alguma forma, a ordem pública de quaisquer dos foros nos quais o ato produzido no fim do esforço hermenêutico (seja uma sentença arbitral ou judicial) deverá produzir efeitos.

611. Portanto, não se trata de afirmar qualquer caráter particularista ou territorialista no método hermenêutico ora proposto, mas sim de estipular critério de aplicação da exceção de

⁹⁸⁶ “*Em Portugal, as discussões acerca da conveniência da regulação do Lobby vêm se intensificando, sendo certo que projeto de lei n 1053/XIII, de autoria do Partido Social Democrata, foi apresentado à Assembleia da República no mês de dezembro de 2018. O projeto visa, como expõe sua exposição de motivos, atribuir maior transparência à relação entre os parlamentares e os grupos representantes de interesses legítimos, através de um sistema de registro dos lobistas e de publicidade da agenda de interações entre os mesmos. Contudo, apesar de aprovado pelo plenário daquela casa legislativa, foi objeto de veto do Presidente da República, no dia 12 de julho de 2019.*” BORGES, Danilo Marques. “Lobby, Legística e Partidos Políticos no Contexto da Crise da Democracia Representativa: A Necessidade de Regulação como Forma de Fortalecimento da Participação Popular”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 6, n. 5, p. 611, 2020. Um projeto de lei do partido Pessoas-Animais-Natureza (PAN) chegou a ser aprovado em princípio em 2021, mas acabou não sendo levado à votação final no Parlamento. Cf. PAN consegue aprovação no Parlamento para regulamentação do lobbying em Portugal, 15 jan. 2021. Disponível em: <https://www.pan.com.pt/pan-consegue-aprovacao-no-parlamento-para-regulamentacao-do-lobbying-em-portugal/> e <https://www.dn.pt/politica/volteface-ps-e-psd-matam-nova-lei-do-lobbying-14346316.html>, Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁸⁷ A ausência de regulamentação que torna transparente a atividade de lobby faz nascer o risco de condenação de um lobista pelo crime de tráfico de influência em Portugal. Segundo Carla Patrícia Marques da Silva: “*Uma das razões que obstam a uma criminalização ampla do crime de tráfico de influência é a dificuldade de o distinguir com o lobbying, porquanto este último não é punido quando realizado com o respeito das regras. Nesta dimensão, pense-se nos grandes centros de decisão europeus, em particular, no contexto da União Europeia (Bruxelas e Estrasburgo) em que se exige a fixação de regras claras que distingam o lobbying, do tráfico de influência e da corrupção.*” SILVA, Carla Patrícia Marques da. “Crime de Tráfico de Influência: Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual”. In: BRONZE, Ângela Maria Batista da Mata Pinto *et al* (org.). *Crime de Tráfico de Influência. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021, p. 23. Disponível em : <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=qDK4ZNDn87s%3D&portalid=30>. Acesso em: 16 abr. 2023.

ordem pública que preserve, no fim, a circularidade tanto da avença quanto do ato decisório ao fim do esforço interpretativo. Trata-se, portanto, de uma segunda manifestação do princípio da preservação da internacionalidade versado no capítulo anterior – que guia todo o método hermenêutico ora proposto.

4. A NOVA METODOLOGIA HERMENÊUTICA E O FOMENTO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

612. Quando se propõe um novo método científico, deve-se verificar se ele avança (ou não) o estado da arte. Isso significa verificar se o método hermenêutico ora proposto atinge os objetivos a que se propõe. Nesse Capítulo, iniciaremos apresentando (1) o objetivo primordial da metodologia proposta. Depois, examinaremos (2) os parâmetros que servem de baliza para verificar se este novo método atinge, de fato, seu objetivo. Por fim, abordaremos (3) alguns efeitos do uso da hermenêutica que indicam que sua utilização atinge o seu objetivo, sob o prisma dos *standards* examinados no capítulo anterior.

4.1. OBJETIVO DO MÉTODO HERMENÊUTICO PROPOSTO: FOMENTAR O COMÉRCIO INTERNACIONAL

613. O direito dos contratos do comércio internacional tem como função reger e fomentar os interesses do comércio transfronteiriço.⁹⁸⁸ Arthur K. Kuhn – um dos primeiros internacionalistas a explorar o tema em seu *Les Effets de Commerce en Droit International*, de 1925, já afirmava que os interesses do comércio internacional devem mover a sua regulação.⁹⁸⁹

614. Esses interesses estão naturalmente conectados com o fomento das operações comerciais internacionais. Como já discutido amplamente em outros capítulos, a teoria econômica confirma que o aumento do comércio internacional traz maior desenvolvimento econômico e social.⁹⁹⁰ Consequentemente, deve o direito dos contratos internacionais ser construído de forma a gerar incentivos para expandir os negócios transfronteiriços.

⁹⁸⁸ “La norme matérielle internationale est spécialement faite pour régir les relations commerciales internationales, c’est-à-dire spécialement faite pour prendre en considération les intérêts du commerce international, c’est-à-dire ses finalités, ses objectifs.” LOCQUIN, Éric. Règles Matérielles du Commerce International et Droit Économique. *Revue Internationale de Droit Économique*, v. 24, n. 1, p. 87, 2010.

⁹⁸⁹ “Mais justement parce que les effets sont issus des besoins du commerce international, ils devaient être réglementés par la loi afin de satisfaire dans les meilleures conditions à ces besoins” KUHN, Arthur K. *Les Effets de Commerce en Droit International. Recueil des Cours*, Leiden, n. 8, 1925. p. 130.

⁹⁹⁰ “That international trade can contribute to structural transformation and help establish sustained and inclusive growth is firmly grounded in economic theory (e.g., Colantone et al., 2022; von Arnim, 2017). Successful developers, particularly in East Asia, have used trade to complement the traditional drivers of sustained growth and development. However, the many factors considered critical for the prosperity-enhancing effects of international trade do not emerge spontaneously and are often absent in today’s highly interdependent world. If aggregate demand and global growth are weak, financial instability is endemic and international trade in goods and services is dominated by a relatively small number of large

615. Nesse sentido, mitigar o *border effect* é essencial. A pluralidade de ordens jurídicas inerente ao direito internacional privado clássico é uma das principais barreiras para o desenvolvimento do comércio internacional.⁹⁹¹ Consectário lógico, mitiga-lo aumentará o fluxo do comércio entre os Estados contribuindo, conseqüentemente, com o desenvolvimento econômico e social internacional.⁹⁹²

616. Em que pese o mérito das mais modernas reflexões acerca de um novo papel para o direito internacional na construção de um regime mais transnacional,⁹⁹³ fato é que o sistema jurídico internacional atual ainda respeita, por diversos motivos,⁹⁹⁴ o paradigma Vestfaliano.⁹⁹⁵

firms, trade runs the risk of creating more losers than winners". UNCTAD. Trade and Development Report 2022. Disponível em: <https://unctad.org/publication/trade-and-development-report-2022>. Acesso em: 16 abr. 2023.

⁹⁹¹ "These risks are well known to lawyers and businessmen. Fear of the unknown and a lack of understanding keep many potential exporters and importers away from the international market. The economists have tried to measure, in terms of distance, the obstacles and risks of having goods and services cross a frontier. How many miles is a frontier? Our contractor who lives in Stuttgart may have more trouble, and will run more risks, in providing services in Strasbourg than in Flensburg, although Stuttgart is much closer to Strasbourg than to Flensburg. It is the aim of the European Communities to abolish the legal restrictions on the intra-community trade. It follows from this objective that the legal differences that restrict this trade should also be abolished." LANDO, Ole. "Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?" *The American Journal of Comparative Law*, v. 40, n. 3, p. 574, 1992.

⁹⁹² "Yet, there is at least one proposition on which virtually all economists agree—trade liberalization raises living standards in the aggregate. As Paul Samuelson once put it: '[T]here is essentially only one argument for free trade or freer trade, but it is an exceedingly powerful one, namely: Free trade promotes a mutually profitable division of labor, greatly enhances the potential real national product of all nations, and makes possible higher standards of living all over the globe.'" SYKES, Alan. *International Trade and Human Rights: An Economic Perspective*. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 188, 2003, p. 2-3.

⁹⁹³ "Indeed, while the extent to which the global turn is linked to the radicalization of late modernity or the shift to the postmodern remains controversial, there is little doubt that the Westphalian model of the state and the subsequent distinctions between the internal and external dimensions of sovereignty, and between the international and municipal legal orders, have lived out their time. The same can be said, in respect of corresponding conceptions of the domestic legal system and legal epistemology. Thus, similar tensions and uncertainties unseat theories of hierarchized sources of law and distinctions between law and fact, public and private, law and politics" MUIR WATT, Horatia. *Globalization and Private International Law*. In: BASEDOW, Jürgen et al. *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. v 1. p. 845-846.

⁹⁹⁴ "La marque occidentale du droit international et son attachement à une philosophie aujourd'hui largement discréditée (dogme d'une souveraineté nationale illimitée, principe presque absolu d'autonomie de la volonté) se perpétuent par la vertu de deux facteurs. Le premier de ces facteurs est la prépondérance persistante, sur le plan politique et économique, d'Etats, de tradition occidentale, qui y trouvent leur profit. [...] Le second facteur dont il y a lieu de tenir compte est l'occidentalisation, dans les pays d'autres traditions même, des gouvernants et de juristes. L'on peut, en nombre de pays, avoir une culture, des modes de pensée, des manières de se comporter, autres qu'en Occident." DAVID, René. "L'arbitrage, Solution d'avenir pour le Droit International". In: DUPUY, René-Jean (ed.) *L'Avenir du Droit International dans un Monde Multiculturel*. Colloque, La Haye, 17-19 nov. 1983, p. 402-403.

⁹⁹⁵ "The general framework for public international law in 2017 still largely reflects the Westphalian system. Important changes are now taking place in the international system, though, that challenge the traditional framework of public international law and indeed other perspectives. The sharp lines between public and private international law and the lines between international and domestic law are blurring and have been doing so for a few decades." BROWN WEISS, Edith. *Establishing Norms in a Kaleidoscopic World* General Course on Public International Law. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 396, 2019. p. 68.

617. Eliminar esse estalão é, ainda, uma tarefa utópica.⁹⁹⁶ Mas não é impossível imaginar um mundo em que as fronteiras – culturais, sociais, e econômicas, e, por que não, jurídicas – serão erodidas pela globalização.⁹⁹⁷ Ainda que esse mundo pós-Vestfaliano não seja, hoje, realidade, alguns relevantes fatos da sociedade contemporânea afetam o direito internacional privado.⁹⁹⁸ Essas características, inerentes à pós-modernidade,⁹⁹⁹ tornam necessários métodos jurídicos adequados ao atual contexto normativo e dogmático.

618. Argui-se, aqui, que o método hermenêutico apresentado no Capítulo anterior atinge esse objetivo. Ao afirmar que os contratos comerciais internacionais devem ser interpretados e integrados de forma proteger a internacionalidade da avença, a metodologia ora proposta busca

⁹⁹⁶ “There is no doubt that our criteria of legitimacy must be informed by our experience with and in the state.” MICHAELS, Ralf. “Mirage of Non-State Governance”. *Utah Law Review*, n. 1, p. 43, 2010.

⁹⁹⁷ “The classic regime of sovereignty has been recast by changing processes and structures of regional and global order. States are locked into diverse, overlapping, political and legal domains - that can be thought of as an emerging multilayered political system. National sovereignty and autonomy are now embedded within broader frameworks of governance and law in which states are increasingly but one site for the exercise of political power and authority. While this is, in principle, a reversible shift, the classic regime of state sovereignty has undergone significant alteration.” HELD, David. “The Changing Structure of International Law”. In: HELD, David; MCGREW, Anthony. *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*. 2nd ed. Cambridge: Polity, 2003, p. 172.

⁹⁹⁸ “This new landscape, where global and regional organizations, transnational networks of State officials and judges, and private actors involved in transnational business and other human activity come to the fore, and where transnational law both competes with and informs national law, necessarily has a profound impact on the development of private international law.” LOON, Hans Van. *The Global Horizon of Private International Law. Recueil des Cours*, Leiden, n. 380, 2016. p. 4.

⁹⁹⁹ “Mencionei quatro elementos característicos da cultura pós-moderna: o pluralismo, a narrativa, a comunicação e o retorno dos sentimentos -um certo irracionalismo dos tempos pós-modernos. Observamos que esses fenômenos, que caracterizam o mundo pós-moderno, transformaram, em certa medida, o nosso direito internacional privado. O pluralismo reforçou a idéia de autonomia da vontade das partes. Por outro lado, protege-se identidade cultural da pessoa, de um nacional, por exemplo, e da nacionalidade das obras de arte. Essa idéia de pluralismo encontrou um lugar de honra no direito internacional privado pós-moderno. A comunicação, segundo os valores do pós-modernismo, conduz idéia de integração. A jurisprudência alemã e inglesa citadas bem demonstram este desejo de atingir soluções uniformes na Europa. A técnica nova do diálogo entre fontes legislativas: existem as convenções internacionais, a lei nacional e as diretivas - as quais, por sua vez, dispõem de três textos. Esse diálogo das fontes é um fenômeno novo e impactante, porque antes se considerava apenas a idéia de hierarquia entre as fontes, e não a de uma aplicação simultânea, de um diálogo entre elas. Também as convenções internacionais assumem dupla função: regulam conflitos, que podemos chamar de inter-regionais, porque na Europa agora pensamos nesses termos; mas também servem como modelo para transformar os sistemas nacionais. O terceiro valor, a narração, demonstra-se na emergência de normas narrativas. Isto quer dizer que, nas regras de direito, o juiz deve considerar várias normas como, por exemplo, a questão dos três textos das diretivas, para resolver um só caso prático. O quarto valor: o retorno dos sentimentos e a proteção da identidade cultural, têm uma certa influência no direito internacional privado, tal como se viu no caso brasileiro, no qual, segundo a Corte, deve-se aplicar a lei nacional à senhora brasileira domiciliada na Espanha para determinar a sua responsabilidade.” JAYME, Erik. “Direito Internacional Privado e a Cultura Pós-Moderna”. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 1, n. 1, p. 114, 1996. <https://doi.org/10.22456/2317-8558.43487>.

mitigar, justamente, os elementos particulares da legislação doméstica que não se enquadram no contexto das diversas fontes do direito dos contratos internacionais.

619. É necessário, contudo, averiguar se a hermenêutica que é objeto central dessa obra atinge, de fato, o objetivo de fomentar o comércio internacional. Para isso, torna-se mister estabelecer critérios de verificação para determinar se os efeitos da metodologia ora proposta atingem os objetivos aqui propostos – qual seja, de fomentar o comércio internacional.

620. O comércio transfronteiriço é operado, em sua essência, por comerciantes, não por advogados. Apesar de intuitivo, essa premissa é pouco explorada pela doutrina.¹⁰⁰⁰ No esforço hermenêutico, mais vale dar preferência ao interesse do comerciante,¹⁰⁰¹ sob pena de se causar desequilíbrio e desconfiança nos mercados internacionais.¹⁰⁰²

621. Todo comerciante visa, no fim, o lucro.¹⁰⁰³ Um dos principais fatores de redução do lucro de uma operação comercial são os chamados custos de transação.¹⁰⁰⁴ Definidos por Coase como o custo do mecanismo de preço inerente das economias de mercado,¹⁰⁰⁵ os custos de transação são geralmente vistos como todos os custos associados a negociação e execução de um contrato (incluindo eventuais disputas com as partes).¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁰ “Remarkably, very few scholars have wondered whether merchants shared one view or the other.” CUNIBERTI, Gilles. The Merchant Who Would Not Be King Unreasoned Fears about Private Lawmaking. University of Luxembourg Law Working Paper No. 2014-7, 2012, p. 5. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=375091000096113106070124065077073124060087060080003065108004066109064099104073086073057037122017121015000000071066002088098013029090059021059118015016081080027084058042063025031066070094109009081125101066112067073004118001084000068121004015093124088&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁰¹ “The liberal concept recognizes the businessmen's legitimate interest in regulating his business transactions in accordance with his peculiar needs.” GAL, Imre. “The Commercial Law of Nations and the Law of International Trade”. *Op. Cit.*, p. 71.

¹⁰⁰² “Lawyers may take pride in the comprehensive and detailed planning documents that comprise written contracts, but it is surely the value of calculability to businesses and consumers that really matters to help to establish trust in markets, and these documents, when they defeat expectations and cause surprises, only serve to increase wariness of transactions.” COLLINS, Hugh. “Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts”. In: CAMPBELL, David *et al.* *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart, 2003, p. 10.

¹⁰⁰³ “Most bargains are made for profitmaking purposes”. EISENBERG, Melvin. *Foundational Principles of Contract Law*. Nova York: Oxford University Press, 2018, p. 350.

¹⁰⁰⁴ “As a general matter, the efficiency standard calls for ‘the adoption of legal rules that facilitate the movement of assets to their most productive uses with as few transaction costs as possible.’” HILLMAN, Robert. *Principles of Contract Law*. 3ª ed. St. Paul: West, 2004, p. 346.

¹⁰⁰⁵ “[T]he cost of using the price mechanism”. COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937. p. 391.

¹⁰⁰⁶ “Note that another way of phrasing this conclusion is that the concept of transaction costs is broader than conventional analysis assumes. The costs of a transaction include not only the conventionally recognized ones

622. Logo, quanto menor os custos de transação, maior será a eficiência da avença.¹⁰⁰⁷ Por sua vez, quanto maior sua eficiência, maior o incentivo para que outros comerciantes participem do comércio.¹⁰⁰⁸

623. Atrelado a esse aspecto econômico há uma segunda baliza: a segurança jurídica.¹⁰⁰⁹ O fato de diversos ordenamentos jurídicos terem efeito sobre uma mesma avença torna imprevisível o resultado do esforço hermenêutico.¹⁰¹⁰ Esse risco é ainda mais prevalente no comércio internacional de hoje, baseado em contratos relacionais, complexos e incompletos, onde prevalece, segundo Judith Martins Costa e Guilherme Nitschke, a “*certeza sobre as incertezas*”.¹⁰¹¹

(for example, the cost of assembling all of the relevant parties), but also costs such as the discomfort or displeasure of dealing with an adversary.” JOLLS, Christine; SUNSTEIN, CASS R.; THALER, Richard. “A Behavioral Approach to Law and Economics”. *Stanford Law Review*, v. 50, p.1498, 1998.

¹⁰⁰⁷ “The traditional view within law and economics is that a court should fill a gap in a contract if transaction costs are high, construe the contract strictly if transactions costs are low, and, when it must fill a gap, either supply a term that the parties would have wanted or one that would give parties the proper incentives to reveal information *ex ante*.” POSNER, Eri; EGGLESTON, Karen; ZECKHAUSER, Richard. “The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters”. *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 1, p. 130, 2000.

¹⁰⁰⁸ “The success stories of economic history describe institutional innovations that have lowered the costs of transacting and allowed more of the gains from trade to be captured, thereby permitting the expansion of markets.” NORTH, Douglas. *Transaction Costs, Institutions, and Economic Performance*. São Francisco: International Center for Economic Growth, 1992, p. 14. Essa conclusão é suportada por estudos empíricos. Neste sentido, cf. EATON, Jonathan; KORTUM, Samuel. “Technology, Geography, and Trade”. *Econometrica*, v. 70, n. 5, p. 1770, 2002, onde os autores concluem que o volume do comércio internacional seria cinco vezes maior com a redução dos custos de transação que afetam seu desenvolvimento: “*Our welfare measure indicates that we are very far from a world of zero gravity. Furthermore, world trade would be about five times its current level in such a world.*”

¹⁰⁰⁹ “It costs the business man first because of the uncertainty. There are fields in which no man, before the case has been brought up to the supreme court of the particular state in the particular instance, has any assurance as to what the law is. There are fields, therefore, in which the counselor is without a sound foundation for effective counseling. Uncertainty is expensive, but there is another aspect to it. This law of business, as we now have it, is a law which is not only obscure but misunderstood; it is felt to be strange, distant, and even dangerous by the ordinary business man.” LLEWELLYN, Karl. “Why a Commercial Code”. *Tennessee Law Review*, v. 22, n. 6, p. 779-780, 1953.

¹⁰¹⁰ “Equally, the legal framework, which affects the rights and obligations of the parties entering into business transactions at the international level, needs to be clear and certain. Lack of legal certainty has the potential to act as an impediment to trade. After all, the parties would wish to know the nature and extent of the obligations they undertake and the remedies available to them should they breach the contractual terms. Given the plurality of legal systems and the variations in liability schemes, harmonisation through international conventions is widely seen as the best option of imparting certainty to the legal questions that arise in the context of international commercial transactions.” CARR, Indira. *International Trade Law*. 5ª ed. Nova York: Routledge, 2014, p. XXXIV.

¹⁰¹¹ “Em vários setores – por exemplo, a construção de grandes obras, como usinas, shoppings centers, empreendimentos imobiliários complexos como os “novos bairros” que, frequentemente, são acrescidos às metrôpoles, ou o fornecimento de matéria-prima para grandes indústrias, como energia elétrica, gás natural e petróleo – os contratos destinados a implementá-las traduzem, concomitantemente, uma relação destinada a perdurar longamente no tempo, cujos dados não são ou não podem ser, todavia, integralmente conhecidos e, portanto, passíveis de prévia apreensão, regulação e controle por meio das cláusulas contratuais. Dito de

624. Assim, qualquer metodologia hermenêutica que toque à integração e interpretação dos contratos comerciais internacionais deve buscar fomentar o comércio internacional. Para tanto, o método proposto deve proteger e fomentar as legítimas expectativas das partes, em especial com relação à eficiência econômica e segurança jurídica, parâmetros essenciais para o engajamento dos comerciantes nas operações internacionais.

625. Um passo importante nessa jornada é estabelecer parâmetros objetivos que permitam averiguar se este método mitiga o *border effect*. Há dois parâmetros aceitos pela doutrina: o aumento da segurança jurídica e a proteção da eficiência econômica.¹⁰¹² Esses dois standards servem os principais propósitos do comércio internacional:¹⁰¹³ No plano micro, aumentar a certeza e proteger a eficiência atende os interesses individuais das partes;¹⁰¹⁴ no plano macro, incentivar o maior fluxo de comércio entre as nações.¹⁰¹⁵

outro modo: o contrato, nessas situações, deve ser um instrumento apto a solucionar e regradar problemas técnicos, operacionais, econômicos, jurídicos, e até políticos, não passíveis de previsão e de regramento pontual na data de sua conclusão. Por esta razão, as partes injetam em um texto estrutural de base algumas previsões “abertas” que supõem, para a sua completa operacionalização, a conexão com outras previsões complementares e/ou aditivas e a possibilidade de modificação ou de adição pontual ao texto contratual de base. Há, pois “incompletude” textual. Porém, nessas situações a incompletude deliberada não é “defeito”: no mais das vezes, se relaciona com a maior ou menor competitividade e economicidade dos denominados custos de transação. Diante da certeza sobre as incertezas, as partes preferem deixar a regulação de certos aspectos para o futuro, se e quando for necessário regulá-los. O contrato, então, consistirá parte de uma rede complexa, em que se entrecruzam nexos econômicos, funcionais e finalistas dirigidos a alcançar um ‘resultado global’.” MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme. “Contratos Duradouros Lacunosos e Poderes do Árbitro: Questões Teóricas e Práticas”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 1, n. 1, p. 1249-1250, 2015.

¹⁰¹² “[L]egal orders fulfill two basic functions: first, they provide possessive security and, second, they guarantee transactional security. Possessive security exists where property rights are clearly assigned to individuals and where those individuals can be sure that their rights will be protected against intrusion by third parties. Transactional security exists where individuals are ensured that promises to transfer property rights will be kept.” RÜHL, Giesela. “Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective”. *Berkeley Journal of International Law*, v. 24, p. 3, 2006.

¹⁰¹³ “It is within this economic framework that the question of juridical guarantees of international trade has to be considered. Which norms can most efficiently assure the international exchange of goods and services?” GOLDSTAJN, Alexander. “International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law – I”. In: SCHMITTHOFF, Clive. *The Sources of the Law of International Trade with Special Reference to East-West Trade*. Londres: Stevens & Sons, 1964, p. 174.

¹⁰¹⁴ “Legal certainty is regarded as a core value, expressing good lawmaking but also doing justice to the interests of private parties in consistency and predictability of outcomes.” MAK, Vanessa. *Globalization, Private Law and New Legal Pluralism*. Jean Monnet Working Paper 14/15, 2015, p. 6; e “A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo”. SZTAJN, Rachel. “Law and Economics”. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Campus, 2005, p. 82.

¹⁰¹⁵ “An efficiency-enhancing contract regime promotes trade and exchange by providing low-cost and impartial enforcement of contracts.” KAHKONEN, Satu; MEAGHER, Patrick. “Contract Enforcement and Economic Performance”. *Journal of African Development*, v. 4 n. 1, p. 15, 2001; e “Countries with higher ratings on rule of law scales experience greater international trade flows.” GESSNER, Volkmar. “Towards a Theoretical

4.2. PARÂMETROS ECONÔMICOS E JURÍDICOS RELEVANTES PARA O FOMENTO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

626. Para se verificar se a metodologia proposta atinge, de fato, este objetivo, deve-se compreender os parâmetros de teste do método proposto. A eficiência econômica e a segurança jurídica – como corolários das expectativas das partes engajadas no comércio internacional –, servem como excelentes balizares na verificação da eficácia de um método hermenêutico para o direito dos contratos comerciais internacionais.¹⁰¹⁶ Neste contexto, torna-se mister definir o papel (1) da eficiência econômica; e (2) da segurança jurídica no comércio internacional.

4.2.1. O PAPEL DA EFICIÊNCIA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

627. A economia é a ciência pela qual se estuda como a sociedade – e os indivíduos que a compõem – usam, consomem e distribuem recursos que são, em geral, escassos.¹⁰¹⁷ Para o estudo econômico clássico, a escassez é elemento central:¹⁰¹⁸ como os recursos não são ilimitados, deve-se estudar os critérios adotados pelo indivíduo para alocar estes recursos.¹⁰¹⁹

Framework for Contractual Certainty in Global Trade”. In: GESSNER, Volkmar (ed.) *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*. Oxford: Hart, 2009, p. 12.

¹⁰¹⁶ “It has been argued that there is no direct link between certainty and efficiency because there is no reason to believe that, in general, efficient rules are more certain than those which are not efficient. The characteristic which makes a rule efficient is the cost which it imposes on parties and the effect which that cost has on the allocation of resources: in that sense a rule subject to some degree of uncertainty can still be more efficient than one to which no uncertainty seems to attach. However, taken to its extreme, that view cannot be correct as there must come a point at which a rule becomes so uncertain that it cannot allocate costs because it is not clear what the rule requires. A better view is that certainty does carry implications for the efficiency explanation of the process of (common law) evolution in that it seems likely to affect the propensity of parties to a dispute to litigate, and thereby assist the development of the common law, rather than to settle. If a rule appears certain to both sides there will be a reduced tendency to litigate (even if the rule is efficient) because the probability of success is low. If, conversely, uncertainty is present, the tendency to litigate will depend on the likelihood of a successful outcome. In that sense, certainty affects the chances of litigation, for rules embedded in a legal system with certainty are unlikely to be litigated.” MACNEIL, Ian. “Uncertainty in Commercial Law”. *The Edinburgh Law Review*, v. 13, n. 1, p. 77-78, 2009.

¹⁰¹⁷ “Economics is the study of how society manages its scarce resources.” MANKIW, N. Gregory. *Principles of Microeconomics*. 7ª ed. Stamford: Cengage, 2015, p. 4.

¹⁰¹⁸ “In pure Economics we examine the implication of the existence of scarce means with alternative uses. As we have seen, the assumption of relative valuations is the foundation of all subsequent complications.” ROBBINS, Lionel. *An Essay on The Nature and Significance of Economic Science*. 2nd ed. Londres: Macmillan, 1945, p. 83.

¹⁰¹⁹ “Os desejos e necessidades humanas são insaciáveis e, assim, a procura de bens e serviços pelo homem para satisfazer a tais desejos é infinita. Na realidade, a procura efetiva de bens e serviços é limitada pelo poder aquisitivo dos indivíduos; mas a procura potencial é, de fato, infinita. Sempre que possível, o homem tentará obter uma quantidade crescente de bens e serviços para satisfazer a seus desejos. No entanto, os recursos ou fatores de produção existentes são limitados, criando-se, assim, uma escassez relativa de produção com

628. No incipiente pensamento econômico, a alocação de recursos escassos era uma função da virtude. Em seu *Política*, Aristóteles reconhece as que a limitação dos recursos é fator elementar da economia.¹⁰²⁰ Seguindo a visão aristotélica de virtude,¹⁰²¹ a alocação de recursos deve levar em consideração dois fatores: a finalidade do ato e as virtudes que ele deve honrar e recompensar.¹⁰²² A famosa anedota dos flautistas é exemplo clássico da filosofia econômica aristotélica¹⁰²³

respeito aos desejos. Torna-se necessário, então, que o homem crie um mecanismo pelo qual seja possível decidir o que será produzido; quais os desejos que serão satisfeitos; que quantidades serão produzidas; como será efetuada a produção; como obter o máximo de um conjunto de recursos escassos; como será distribuída a produção; quem terá seus desejos satisfeitos e quem não os terá.” ALBUQUERQUE, Marcos Cintra Cavalcanti de. *Introdução à Teoria Econômica*. São Paulo: McGraw-Hill, 1972. p. 3.

¹⁰²⁰ “Assim, o tipo de arte de aquisição que faz parte da economia consiste, por natureza, numa forma de aquisição, de tal modo que o senhor da casa deva possuir ou procurar possuir os recursos acumuláveis necessários à vida e úteis à comunidade política e familiar. Parece que a verdadeira riqueza consiste nestes recursos. É que não é ilimitada uma propriedade deste gênero, bastando-se a si mesma, e visando a vida feliz, como Sólon faz crer no verso “Não existem limites para a riqueza destinada aos homens”. Mas permanece um limite tanto aqui como noutras artes pois nenhum instrumento de nenhuma arte é ilimitado, seja em tamanho, seja em quantidade. A riqueza é apenas o conjunto de instrumentos possuídos pela casa e pela cidade. Torna-se, assim, evidente que existe uma arte natural de aquisição, própria dos donos de casa e dos políticos, e por que razão é assim.” ARISTÓTELES. *Política*. Lisboa: Vega, 1998, p. 77.

¹⁰²¹ “A finalidade e o objetivo da cidade é a vida boa, e tais instituições propiciam esse fim. A cidade é constituída pela comunidade de família em aldeias, numa existência perfeita e auto-suficiente [...]” ARISTÓTELES. *Política*. Op. Cit., p. 221.

¹⁰²² “As duas concepções centrais da filosofia política de Aristóteles estão presentes no caso de Callie: 1. A justiça é teleológica. Para definir os direitos, é preciso saber qual é o *télos* (palavra grega que significa propósito, finalidade ou objetivo) da prática social em questão. 2. A justiça é honorífica. Compreender o *télos* de uma prática — ou discutir sobre ele — significa, pelo menos em parte, compreender ou discutir as virtudes que ela deve honrar e recompensar. A chave para compreender a ética e a política de Aristóteles é a definição da força dessas duas considerações e a relação existente entre elas.” SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 201.

¹⁰²³ “É possível argumentar que as magistraturas deveriam ser distribuídas desigualmente com base numa superioridade, qualquer que fosse o bem, desde que os cidadãos em nada difiram noutros aspectos, mas pelo contrário sejam completamente semelhantes. Com efeito, indivíduos diferentes têm direitos e méritos diferentes. Se este argumento for verdadeiro, a cor, a estatura ou outra característica de excelência, conferem aos que a possuem uma certa pretensão a maiores direitos políticos. Mas não será errado este argumento? O erro salta à vista e é evidente nas outras artes e ciências; entre tocadores de flauta igualmente hábeis na sua arte, não seriam, de preferência, os bem nascidos a ser dotados de flautas pois não é o mais bem nascido que toca melhor; a quem desempenhar melhor o seu trabalho, deve ser dado o melhor instrumento. Se ainda assim não ficou claro o que referimos, mais evidente ficará se insistirmos neste ponto. Se um tocador de flauta se destaca na sua arte mas é inferior em bom nascimento e beleza; e mesmo que qualquer destas qualidades (i.e, bom nascimento e beleza) sejam um bem superior ao da arte da flauta; e mesmo que tais qualidades superem a arte da flauta numa proporção superior à que o melhor tocador de flauta supera os seus companheiros de arte; não obstante, é a ele que deveremos dar as melhores flautas. Mas se fosse como acabámos de dizer, a superioridade de riqueza e o bom nascimento deveriam contribuir para o desempenho dessa função mas o facto é que não contribuem.” ARISTÓTELES. *Política*. Op. Cit., p. 233.

629. A perspectiva aristotélica influenciou a perspectiva *utilitarista*.¹⁰²⁴ Jeremy Bentham, nome importante do utilitarismo,¹⁰²⁵ gravou, em seu *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, o princípio da utilidade, definido como a noção de que uma ação humana pode ser verificada como virtuosa se aumentar o bem-estar.¹⁰²⁶

630. Esse princípio teve grande impacto nos economistas nos séculos XIX e XX.¹⁰²⁷ O italiano Vilfredo Pareto, por exemplo, se fundou na noção de utilidade ao cunhar o conceito de eficiência mais utilizado hoje:¹⁰²⁸ a busca pela maximização do bem-estar social.¹⁰²⁹

¹⁰²⁴ “Views of utility, or welfare, however, vary widely. The eighteenth-century utilitarians tended to construe welfare, as Bentham did, in terms of pleasure and pain: a life was held to be going well to the extent that it contained a balance of pleasurable sensations over painful ones. On the whole, these early writers disregarded a long tradition going back to Aristotle whereby pleasure was to be distinguished from happiness. For Aristotle, happiness (*eudaimonia*) consisted in worthwhile activity (specifically, activity in accordance with human excellences of mind and character), rather than in pleasant amusements; happiness, moreover, was more properly ascribed to a life as a whole—a life exhibiting a certain structured and successful directedness on suitable ends—than to individual phases of it. Pleasures were, rather, experiences of the moment, and while Aristotle did not, like the Cynic Antisthenes, consider that pleasure was a thing best avoided, he firmly rejected the identification of the happy existence with the life of pleasure; to prefer the latter to the former was to prefer a life more ‘suitable to beasts’—and ‘we call neither ox nor horse nor any of the other animals happy.’” SCARRE, Geoffrey. *Utilitarianism*. Nova York: Routledge, 1996. p. 4-5.

¹⁰²⁵ “The contemporaries of Jeremy Bentham (1748-1832) called him a ‘radical philosopher’, one who attempted to put decision-making on a formal and rational basis by finding a general principle by which the various conflicting moral obligations could be estimated. Now Bentham is known as the founder of the ethical system of utilitarianism.” SIMÕES, Mauro Cardoso. “Rule-Utilitarianism”. *Ethic@*. V. 8, n. 3, p. 47, 2009.

¹⁰²⁶ “By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency which it appears to have to augment or diminish the happiness. I say of every action whatsoever; and therefore not only of every action of a private individual, but of every measure of government.” BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907. p. 2.

¹⁰²⁷ “The implicit ethical basis of economic policy judgement is some version of utilitarianism.” ARROW, Kenneth. Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice. *Journal of Philosophy*, v. 70, n. 9, 1973. p. 246.

¹⁰²⁸ “The Pareto Criterion is the primary welfarist criterion that economists use to evaluate institutions (and actions).” KORNHAUSER, Lewis. “The Non-Consequentialist Uses of Economic Analysis: A Comment on Dagan and Kreitner, Economic Analysis in Law”. *Yale Journal on Regulation*, v. 38, p. 164, 2021.

¹⁰²⁹ “Les ophélimités élémentaires pondérées sont proportionnelles aux ophélimités des quantités de marchandises qui s'obtiennent en échange de l'unité monétaire *i*. On peut donc dire que l'échange s'arrêtera quand chaque échangeur obtiendra une égale satisfaction du dernier centime (ou du dernier franc, etc.) dépensé pour chaque marchandise qu'il emploie, et qu'il éprouve l'a une peine égale pour chaque dernière portion des services qu'il rend. [...] Il est donc indifférent, quant à l'échange, de considérer des individus qui, ayant certains biens économiques, échangent leur superflu, ou bien, de considérer des individus qui gagnant, en recevant de quelque manière que ce soit, certaines sommes de numéraire, achètent des biens économiques. D'une manière ou de l'autre, on arrive, pour l'équilibre, aux mêmes équations, au moins comme première approximation. La première conséquence à tirer des équations de l'échange, c'est que le problème est entièrement déterminé, dans le cas général comme dans le cas particulier que nous avons examiné. Une seconde conséquence très importante se tire du fait que, parmi les conditions (équations) de l'échange, se trouvent celles qui assurent le maximum d'ophélimité. On en déduit que: sous le régime de la libre concurrence, les prix s'établissent de manière à procurer à chaque échangeur le maximum d'ophélimité. On dit généralement le maximum d'utilité, mais, en réalité, tous les auteurs entendent qu'il s'agit là d'une utilité subjective.” PARETO, Vilfredo. *Cours d'Économie Politique*. Lausanne: F. Rouge, 1896. t. 1. p. 27-28.

631. A eficiência de Pareto vislumbra, pois, um ponto de equilíbrio entre as prestações,¹⁰³⁰ que se materializa quando ambas as partes se beneficiam da utilidade dela decorrente.¹⁰³¹ A concepção de Pareto é amplamente reconhecida na literatura da análise econômica do direito.¹⁰³² Esse campo metodológico, aliás, vem ganhando bastante espaço no direito internacional privado.¹⁰³³ Segundo Toshiyuki Kono, as questões de eficiência vêm influenciando, de forma determinante, a nova doutrina do direito internacional privado.¹⁰³⁴

632. O conceito de eficiência é elemento central do comércio internacional. A celebração de uma operação contratual eficiente é chave para o sucesso:¹⁰³⁵ quanto mais eficiente for a operação para ambas as partes, maior será o incentivo para que elas continuem engajadas.¹⁰³⁶

¹⁰³⁰ “Formally, economists speak of Pareto-efficiency to mean an allocation of resources and final goods in which no person can be made better off by a rearrangement of production or allocation without making someone else worse off. Pareto efficiency is grounded in a strict utilitarian calculus in which no interpersonal comparisons are made in deciding who should get what; no external third party can say A should get more at the expense of B because A is more needy or B is less worthy. The only redistributions of goods and services allowed are those to which no individual, based on their private evaluation of utility, will object.” HADFIELD, Gillian. *The Public and Private in the Provision of Law. USC Legal Studies Research Paper*, n. 9-28, 2009. p. 24.

¹⁰³¹ “Giova passare in rassegna i diversi massimi pei punti di equilibrio. Da prima abbiamo un massimo assoluto, nel punto più alto del colle del piacere, sulla sua vetta. In quel punto, l'individuo ha di tutto a sazietà; c'è poco da dire di quello stato felice.” PARETO, Vilfredo. *Manuale di Economia Política con una introduzione alla scienza sociale*. Milão: Societá Editrice Libreria, 1919. p. 196.

¹⁰³² “Para o programa neoclássico de pesquisa, a questão se resume, ou tem se resumido até hoje, em saber que normas e que sistemas estabelecidos de interpretação de normas levam ao equilíbrio Pareto-ótimo.” ÁRIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma”. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 13, 2005. p. 68. Nesta mesma linha, cf. BERTHONNET, Irène. “Pareto-Efficiency from Pareto to Contemporary Economics”. In: *History of Economic Ideas*, v. 24, n. 3, p. 184, 2016.

¹⁰³³ “C'est pourtant aux Etats-Unis, dans un contexte méthodologique apparemment peu propice à l'épanouissement de l'autonomie, que celle-ci vient de connaître une nouvelle impulsion doctrinale, à la faveur de l'analyse économique du droit. Plusieurs études récentes, explorant les implications de cette analyse pour le droit international privé, s'interrogent ainsi sur la place qu'il conviendrait de reconnaître, au regard de l'efficacité économique dans le règlement des conflits de lois, à la liberté des parties.” MUIR WATT, Horatia. *Aspects Économiques du Droit International Privé (Refléxions sur l'Impact de la Globalisation Économique sur les Fondements des Conflits de Loi et de Jurisdictions)*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 307, 2005. p. 126-127.

¹⁰³⁴ “Over last few decades there has been a proliferation of law and economics scholarship focusing on specific issues of conflict of laws. Among the general themes, scholars focused on the efficiency considerations related to the application of laws. In particular, the economics of choice debate tried to identify the costs and benefits associated with the application of forum law versus that of foreign law. In this context, there is much debate surrounding the economic justifications of the principle of party autonomy and its limits. Some research has been conducted on the efficiency of choice of law rules in particular fields of law (contracts, torts, consumer contracts, etc.) as well as regulatory competition between various States. Some attention was devoted to the comparative analysis of the economics of the uniform law process.” KONO, Toshiyuki. *Efficiency in Private International Law. Recueil des Cours*, n. 369, 2014. p. 415-416.

¹⁰³⁵ “A related justification for a goal-neutral interpretive framework is economic efficiency. Parties enter commercial contracts in order to maximise their joint gain.” VALSAN, Remus. “The Law and Economics of Contract Interpretation”. In: BAAIJ, Jaap et al. (ed.). *Interpretation of Commercial Contracts in European Private Law*. Cambridge: Intersentia, 2021, p. 32.

¹⁰³⁶ “The goal of a system, methodology, or doctrine for contractual interpretation is to minimize contractual transaction costs, broadly understood as obstacles to efforts voluntarily to shift resources to their most

633. O direito dos contratos comerciais internacionais, portanto, deve vislumbrar a eficiência como um de seus efeitos primordiais.¹⁰³⁷ Essa parece, inclusive, ser a tendência mais moderna. Giesela Rühl, utilizando o exemplo da autonomia da vontade, aponta o fato de que a convergência dos sistemas conflito de leis aplicáveis aos contratos internacionais se justifica a partir da verificação da eficiência de um modelo harmônico e razoavelmente uniforme.¹⁰³⁸

634. Logo, não há dúvidas que a estipulação de uma metodologia hermenêutica contemporânea para a interpretação e integração dos contratos comerciais internacionais deve passar, necessariamente, por considerações acerca de sua eficiência. Essa parece não só ser a tendência mais moderna no campo do direito do internacional privado, como têm o condão de vislumbrar, no bojo da regra, um dos interesses primordiais das partes.

635. Mas quando se examina a eficiência, importante se atentar, também, para a noção de utilidade da prestação contratual. Para Bentham, a utilidade como fundamento econômico é

valuable use. Those costs can be very great when by inducing parties not to contract they prevent resources from being allocated efficiently.” POSNER, Richard. “The Law and Economics of Contract Interpretation”. *Texas Law Review*, v. 83, n. 6, p. 1583, 2005.

¹⁰³⁷ “At first glance a strong case can be made for the use of the economic efficiency criterion, regardless of which of the two above-described variants (Pareto efficiency or Kaldor-Hicks efficiency) is considered: to begin with it can be readily aligned with the basic conceptions of liberty, democracy and justice underlying European Union law.³⁵ This is because it is individualistic in nature and assesses legal rules on the basis of individuals’ desires and wishes and not, for example, on the basis of states’ preferences. Moreover, it does not rank the individual desires and wishes and does not make any moral claims. It follows that the individuals’ desires and wishes influence the assessment of legal rules irrespective of what their content is and irrespective of whether they coincide with the states’ notion of what is good or bad. Finally, neither of the two above-described efficiency criteria distinguishes between different individuals. Rather, individuals’ desires and needs are weighed identically and without bestowing an advantage on particular individuals. Yet notwithstanding these arguments, a closer look reveals that both criteria raise significant problems, this being especially true in the context of private international law.” RÜHL, Giesela. “The Role of Economic Efficiency in European Private International Law”. In: LEIBL, Stefan (ed.) *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015, p. 11-12.

¹⁰³⁸ “From an economic point of view the supremacy of free choice of law in both Europe and the United States is by no means surprising. In fact, there is general agreement in the economic community that granting the parties the freedom to choose the applicable law is—in principle—an efficient approach to the choice-of-law problem. The basis for this proposition is that individuals are assumed to be rational maximizers of their own welfare and have idiosyncratic knowledge about their preferences unavailable to anybody else. Therefore, they do not enter a choice-of-law agreement unless they believe that it will make them better off. The reasons why parties think that they will be better off with a choice of law can be manifold: They might select a foreign law because it is better tailored to their needs than the otherwise applicable law. The chosen law, for example, might have an established body of case law that facilitates interpretation of legal rules and thereby avoids future disputes. Or the parties might just want to select a neutral law different from that of their respective domestic laws. However, no matter what the reasons for the choice are as long as the parties agree on the applicable law and as long as the choice does not reduce the welfare of third parties it will lead to Pareto efficiency.” RÜHL, Giesela. “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper, 4/2007, v. 3, n. 1), p-32-33.

conceituada como medida do uso da propriedade privada.¹⁰³⁹ A conexão entre o conceito econômico de utilidade e a propriedade privada foi desenvolvido posteriormente por Adam Smith.¹⁰⁴⁰ Em seu clássico *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Smith conceituava a utilidade como uma expressão de valor de um objeto em particular.¹⁰⁴¹

636. Essa concepção de utilidade como o “*valor de uso*” de um determinado bem ou serviço dominou a evolução do conceito de utilidade na economia moderna.¹⁰⁴² Karl Marx, inclusive, adotou essa concepção em sua política econômica,¹⁰⁴³ ao afirmar que o valor de uso dos bens coincide com sua própria existência.¹⁰⁴⁴

¹⁰³⁹ “By utility is meant that property in any object, whereby it tends to produce benefit, advantage, pleasure, good, or happiness (all this in the present case comes to the same thing) or (what comes again to the same thing) to prevent the happening of mischief, pain, evil, or unhappiness to the party whose interest is considered: if that party be the community in general, then the happiness of the community: is a particular individual, then the happiness of that individual.” BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907. p. 2.

¹⁰⁴⁰ “Drawing upon a long line of predecessors, Smith gave to his immediate successors, and they uncritically accepted, the distinction between value in use and value in exchange.” STIGLER, George J. “The Development of Utility Theory. I”. *The Journal of Political Economy*, v. 58, n. 4, p. 307, 1950.

¹⁰⁴¹ “The word value, it is to be observed, has two different meanings, and sometimes expresses the utility of some particular object, and sometimes the power of purchasing other goods which the possession of that object conveys. The one may be called ‘value in use’; the other ‘value in exchange’. The things which have the greatest value in use have frequently little or no value in exchange; and, on the contrary, those which have the greatest value in exchange have frequently no value in use. Nothing is more useful than water: but it will purchase scarce any thing; scarce any thing can be had in exchange for it. A diamond, on the contrary, has scarce any value in use; but a very great quantity of other goods may frequently be had in exchange for it.” SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: G. Bell & Sons, 1912, p. 28-29.

¹⁰⁴² Para um exame detalhado do desenvolvimento do conceito, cf. STIGLER, George J. The Development of Utility Theory. I. *Op. Cit.* e STIGLER, George J. “The Development of Utility Theory. II”. *The Journal of Political Economy*, v. 58, n. 5, p. 373-396, 1950.

¹⁰⁴³ Todavia, Marx era um crítico ferrenho do utilitarismo hedonista de Bentham: “Marx was severely critical of Benthamite utilitarianism on the grounds that anyone who would make use of the principle of utility should “first deal with human nature in general and then with human nature as modified in each historical epoch.” Bentham “takes the modern shopkeeper, especially the English shopkeeper, as the normal man.” For Marx, every organic whole—whether an animal, man, or society—has the immanent end of self-maintenance. What is wrong with this view of utility is that its model for human nature requires a self-maintenance that strangles the self and hence is not a self-maintenance at all. This can be seen by examining two types of usefulness.” GREEN, Michael. “Marx, Utility, and Right”. *Political Theory*, v. 11, n. 3, p. 433, 1983. Nesta mesma linha, cf. BRENKERT, George. “Marx and Utilitarianism”. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 5, n. 3, p. 433-434, 1975.

¹⁰⁴⁴ “A commodity is first of all, in the language of English economists, ‘any thing necessary, useful or pleasant in life,’ an object of human wants, a means of existence in the broadest sense of the word. This property of commodities to serve as use-values coincides with their natural palpable existence. Wheat e. g. is a distinct use-value differing from the use-values cotton, glass, paper, etc. Use-value has a value only in use and is realized only in the process of consumption. The same use-value may be utilized in various ways. But the extent of its possible applications is circumscribed by its distinct properties. Furthermore, it is thus limited not only qualitatively but also quantitatively. According to their natural properties the various use-values have different measures, such as a bushel of wheat, a quire of paper, a yard of linen, etc.” MARX, Karl. *A Contribution to the Critique of Political Economy*. Chicago: CH. Kerr & Co., 1904, p. 20. Em *Das Kapital*, Marx afirma, ainda, que: “The utility of a thing makes it a use value. But this utility is not a thing of air. Being

637. A conexão entre o conceito de utilidade de um bem ou serviço e o seu uso permite traçar um paralelo entre a utilidade e a escala de preferências exercidas por um indivíduo.¹⁰⁴⁵ Segundo Arie Kapteyn, a tendência humana é racionalizar as decisões em prol da utilidade.¹⁰⁴⁶ Conceituar, portanto, a utilidade a partir da ordem de preferência de um indivíduo relativa ao uso específico de um bem ou serviço torna mais claro o parâmetro de eficiência adotado para fins de exame da hermenêutica contratual proposta.

638. Os contratos, por sua vez, são vistos como instrumentos para o exercício do comércio. São por meio deles que as partes trocam uma determinada obrigação, bem ou serviço por uma contraprestação. Essa é a única razão pela qual as pessoas contratam: para que elas possam dispor de um benefício – ou seja, uma determinada obrigação, bem ou serviço – em troca de outro muito mais vantajoso para elas do que aquele benefício alienado ou cedido.¹⁰⁴⁷ Portanto, medir utilidade de uma relação contratual é compreender o benefício que cada parte quis extrair daquela avença.

limited by the physical properties of the commodity, it has no existence apart from that commodity. A commodity, such as iron, corn, or a diamond, is therefore, so far as it is a material thing, a use value, something useful. This property of a commodity is independent of the amount of labour required to appropriate its useful qualities. When treating of use value, we always assume to be dealing with definite quantities, such as dozens of watches, yards of linen, or tons of iron. The use values of commodities furnish the material for a special study, that of the commercial knowledge of commodities. Use values become a reality only by use or consumption: they also constitute the substance of all wealth, whatever may be the social form of that wealth." MARX, Karl. *Capital: A Critique of Political Economy*. V. 1. Moscou: Progress Publishers, 1887, p. 27.

¹⁰⁴⁵ "In contrast, since Pareto and in particular since Hicks (1939), modern economics has explained people's economic behavior in terms of their preferences, considering their utility function merely as a convenient mathematical representation of their preferences. It is still assumed that rational behavior involves maximization of one's utility function. But since the latter is itself defined in terms of one's preferences, it is these preferences rather than utility maximization as such that explain people's behavior." HARSANYI, John. *Utilities, Preference and Substantive Goods*. United Nations World Institute for Development Economics Research Working Papers n. 101, 1992, p. 1. Disponível em: <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/WP101.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023. Nesta mesma linha, cf. BROOME, John. "Utility". *Economics and Philosophy*. V. 7, n. 1, p. 10, 1991.

¹⁰⁴⁶ "One would expect that, in making decisions, an individual will try to enhance his utility. If I express a preference for a soccer game over a classical concert, then it seems reasonable to infer that my utility will be higher when I visit the game than when I attend a concert. If not, we would have some doubt about the utility concept used, or the concept of preference would be used in a somewhat perverse manner. In economic theory, such a perverse relationship between utility and preference cannot occur, because 'utility' is defined such that a preferred alternative always represents a higher utility level (or at least not a lower one) than the rejected alternative. 'Utility' is no longer a primitive term, but it is defined in terms of preferences." KAPTEYN, Arie. "Utility and Economics". *De Economist*, V. 133, n. 1, p. 2, 1985.

¹⁰⁴⁷ "The parties' goal is to maximize surplus; thus, they want to maximize the likelihood that the accuracy condition is satisfied." SCHWARTZ, Alan; WATSON, Joel. "Conceptualizing Contractual Interpretation". *The Journal of Legal Studies*, v. 42, n. 1, p. 2, 2013.

639. Esses benefícios podem ser medidos em ganhos de utilidade.¹⁰⁴⁸ Toda parte de uma transação vê nela uma troca que seja benéfica para si – senão, não faria sentido entrar naquele contrato específico.¹⁰⁴⁹ O exemplo dos contratos de compra e venda são bem característicos: o vendedor tem interesse em obter pagamento do preço de sua mercadoria, e o comprador deseja usufruir do benefício de utilizar o bem. Ambos, então, têm algum ganho se o negócio fecha.¹⁰⁵⁰

640. Para que essa proposição fique clara, não se deve equalizar o benefício aferido com o contrato à troca de riqueza, necessariamente. Para dar um exemplo, se V, o proprietário de uma máquina avaliada em \$500, a vende para C por \$500, não há troca de riqueza: após a transação, V possui \$500 em espécie, enquanto C possui \$500 em maquinário.

641. Porém, se os ganhos forem vistos por meio de sua utilidade, percebe-se que as partes tiveram, sim, benefícios oriundos da avença. Embora a troca de riqueza decorrente do contrato entre V e C seja \$0, ocorreu uma troca de *utilidades* – a máquina é mais útil para C, enquanto o dinheiro é mais útil para V. V, por um lado, pode usar o dinheiro para reinvestir em sua

¹⁰⁴⁸ “As a general matter, the surplus from exchange tends to be divided among contracting parties in proportion to their relative eagerness to enter into the bargain.” KATZ, Avery. “The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation”. *Columbia Law Review*, v. 104, p. 513, 2004.

¹⁰⁴⁹ “Like mainstream economics, the law and economics literature conceives of contracting as a device for communicating substantive performance objectives. As Goetz and Scott (1985, p. 265) describe it, contracting parties seek first ‘to negotiate a subjective understanding about the combination of underlying substantive rights that form the basis for mutually beneficial trade.’” MASTEN, Scott. Contractual Choice. University of Michigan Law School, Working Paper N°. 99-003, p. 8. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=708020093087021093087075065095103109027004061032064017118113001026088070009095098071007074070005119095087035118113029116002080081065097022117120116003079006068090118102088104071086027017&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁵⁰ “Take the simplest case. I have a book that I want to sell for \$10; you would like to buy it for \$10. The trade makes each of us better off, but we have conflicting schedules and can never be in the same place at the same time. I must part with the book before I know that you have parted with the \$10. Similarly, you must part with the \$10 before you know that I have parted with the book. We may not have an incentive to keep our promises. When I decide whether to send the book, you have already decided whether to send the cash, but I do not know your decision. I look at the two possibilities. First, I examine the course I should take if you have already decided to break your promise. In this event, I should keep the book. I do not want to be left without either the book or the \$10. I then determine my best course if you have already decided to sent the \$10. Here, too, I should keep the book. I am better off with both the book and the \$10 than I am with just the \$10. Keeping the book is the optimal strategy for me. Because you have already committed yourself, there is no reason for me to send the book. You will engage in similar reasoning, however. You will not give up the \$10 because it will have no effect on whether I send the book. A trade that is mutually beneficial will not take place. We would both be better off if the trade took place than if it did not, but if we each pursue our own self-interest, the trade may not happen. Indeed, we might not bother exchanging promises in the first instance once we realized that neither one of us would keep them.” BAIRD, Douglas. “Self-Interest and Cooperation in Long-Term Contracts”. *The Journal of Legal Studies*, v. 19, n. 2, p. 583-584, 1990.

produção, entrar em outras transações ou aplicá-lo no mercado. B, por outro lado, pode usar a máquina para aumentar sua produtividade e gerar lucros maiores, por exemplo

642. Além disso, medir a utilidade também é relevante ao avaliar a transação em um escopo macroeconômico mais amplo. O dinheiro, enquanto retido por C, era inútil em termos econômicos: não era capital para nenhuma outra empreitada, nem constituía investimento eficiente, uma vez que não gerava movimento econômico ou financeiro suficiente. O mesmo pode ser dito sobre a máquina, quando em posse de V. Quando ocorre o comércio, essa troca de utilidades incentiva outras transações, fazendo a economia avançar.¹⁰⁵¹

643. Este é um exemplo simples que mostra que a troca de *utilidades*,¹⁰⁵² e não a movimentação de *riquezas*, é o que impulsiona a economia.¹⁰⁵³ A única maneira pela qual uma transação pode ocorrer de forma eficiente é se beneficiar mutuamente todos envolvidos na transação.¹⁰⁵⁴ Por isso, a eficiência de uma operação contratual é condicionada aos ganhos de utilidade auferidos por ambas as partes.¹⁰⁵⁵ Do contrário, se uma das partes não aferir ganhos utilidade, estaríamos em um cenário de ineficiência, no conceito de Pareto.

644. Delineada a natureza da eficiência dos contratos e sua conexão com o conceito de utilidade econômica da transação, necessário conectar esses conceitos com a metodologia hermenêutica ora proposta. Se promover a eficiência é um dos efeitos do método de

¹⁰⁵¹ Levando ao que Richard Epstein qualificou como "*the implicit recognition that each [party] moved to a superior state.*" EPSTEIN, Richard. "Reflections on the Historical Origins and Economic Structure of the Law Merchant". *Chicago Journal of International Law*, v. 5, n. 1, p. 9, 2004.

¹⁰⁵² "*In the first place, utility, though a quality of things, is no inherent quality. It is better described as a circumstance of things arising out of their relation to man's requirements. As Senior most accurately says, 'Utility denotes no intrinsic quality in the things which we call useful; it merely expresses their relations to the pains and pleasures of mankind.' We can never, therefore, say absolutely that some objects have utility and others have not. The ore lying in the mine, the diamond escaping the eye of the searcher, the wheat lying unreaped, the fruit ungathered for want of consumers, have no utility at all. The most wholesome and necessary kinds of food are useless unless there are hands to collect and mouths to eat them sooner or later.*" JAVONS, William Stanley. *The Theory of Political Economy*. 3ª ed. Londres: MacMillan, 1888, p. 43-44.

¹⁰⁵³ "Algumas das objeções ao utilitarismo podem ser contornadas se substituirmos a riqueza pela utilidade como variável a ser maximizada. Nesse contexto, a 'riqueza' deve ser entendida não estritamente como uma função do dinheiro, mas sim como a soma de todos os objetos aos quais uma sociedade atribui valor, tanto os tangíveis quanto os intangíveis." POSNER, Richard. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2022, p. 101.

¹⁰⁵⁴ Essa ideia alude à noção do princípio do benefício mútuo que está na base do pensamento de John Rawls: "*In justice as fairness society is interpreted as a cooperative venture for mutual advantage. The basic structure is a public system of rules defining a scheme of activities that leads men to act together so as to produce a greater sum of benefits and assigns to each certain recognized claims to a share in the proceeds.*" RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 74.

¹⁰⁵⁵ "[I]f an economy is Pareto efficient, it must be operating along the utility possibilities frontier." STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. 3rd ed. Nova York: WW Norton, 2000. p. 63.

interpretação e integração das avenças internacionais ora proposto, é consectário lógico que o papel do intérprete é sempre se atentar para a proteção da utilidade da transação.

645. Este axioma encontrasse gravado em uma das dimensões do *favor contractus*,¹⁰⁵⁶ um dos princípios fundamentais do direito dos contratos comerciais internacionais.¹⁰⁵⁷ O exemplo das normas de resolução do contrato por inadimplemento ilustra bem o papel da utilidade no exame da eficiência de um contrato do comércio internacional.

646. Tanto a CISG quanto os Princípios do UNIDROIT preveem hipóteses limitadas para a resolução do contrato.¹⁰⁵⁸ No caso da CISG, a possibilidade de rescisão do contrato é limitada a duas hipóteses: a ocorrência de uma quebra fundamental do contrato (caracterizada nos termos do artigo 25), ou caso a parte inadimplente descumpra o prazo adicional para cumprimento da obrigação concedido pela parte inadimplida (também conhecido como período de graça, ou, na terminologia alemã – posteriormente adotada pela doutrina da CISG –, *Nachfrist*).¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁶ “Liquidation mostly means economic loss. International transaction involving long distances increase potential loss. Time and money invested provide a strong economic reason to uphold the contract.” KELLER, Bertram. “Favor Contractus: Reading the CISG in Favor of the Contract”. ANDERSEN, Camilla Baasch; SCHROETER, Ulrich (ed.). *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill, 2008, p. 249.

¹⁰⁵⁷ “No âmbito deste trabalho seria impossível analisar todos os 185 artigos dos Princípios. Para não frustrar o leitor interessado, destacamos dentre eles os que constituem princípios fundamentais dos contratos comerciais internacionais, e, como tal, acham-se incluídos no elenco de suas disposições gerais, ou, ainda, são reconhecidos pela doutrina e encontrados alhures nos Princípios. Confiram-se: [...] (j) Princípio do favor contractus.” GAMA JR., Lauro. “Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos do Comércio Internacional: Uma Nova Dimensão Harmonizadora dos Contratos Internacionais”. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes et al (org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108.

¹⁰⁵⁸ Para um estudo comparado das duas regras, cf. BRIDGE, Michael. “Avoidance for Fundamental Breach of Contract under The UN Convention on the International Sale of Goods”. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 59, n. 4, p. 911-940, 2010; BRIDGE, Michael. “The CISG and the UNIDROIT principles of international commercial contracts”. *Uniform Law Review*, v. 19, n. 4, p. 633-635, 2014.

¹⁰⁵⁹ “Mais um elemento essencial à declaração de período de graça é a informação de que, caso não cumprido o prazo, o contrato restará resolvido.” CORDEIRO, Amanda Guimarães. “Período de Graça na CISG e Normas Similares no Direito Brasileiro”. In: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo (coord.). *Direito Contratual e Convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 230.

647. Sistema similar pode ser encontrado, também, nos Princípios do UNIDROIT.¹⁰⁶⁰ Assim como na CISG, o artigo 7.3.1(1) e (2) dos Princípios do UNIDROIT limita a resolução por inadimplemento às violações essenciais da avença.¹⁰⁶¹

648. A jurisprudência da CISG, por sua vez, estabelece um critério para a averiguação de um inadimplemento fundamental: O *reasonable use test* – que aparece, pela primeira vez, no *Cobalt Sulphate Case*¹⁰⁶² – estipula que a parte inadimplida não poderá resolver o contrato se o bem entregue pode servir a qualquer uso razoável.¹⁰⁶³ A regra contida nos Princípios do UNIDROIT segue a mesma linha:¹⁰⁶⁴ proteger a expectativa razoável das partes de extrair utilidade da avença.

649. Logo, caso não haja perda da utilidade, a parte inadimplida é encorajada a utilizar um dos múltiplos remédios contra o inadimplemento estipulados nos artigos 45(1)(a) e (b)¹⁰⁶⁵ e

¹⁰⁶⁰ “In comparison to the older European codes, the PICC in Art. 7.3.1 is based on an uniform concept of termination and its requirements, as is the CISG”. SCHLECHTRIEM, Peter. “Termination of Contracts under the Principles of International Commercial Contracts”. In.: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997, p. 255.

¹⁰⁶¹ Art. 7.3.1. (1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance. (2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether (a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non-performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party’s future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated.

¹⁰⁶² “It is mainly up to the trial judge to determine whether a breach of contract is deemed fundamental according to the above standard. The circumstances of the case are always decisive (cf. Soergel/Lüderitz, *op. cit.*, Art. 25 n. 2; Staudinger/Magnus, *op. cit.*, Art. 25 n. 13). In particular, it has to be considered whether it can be expected for the buyer to put the goods to another reasonable use.” Bundesgerichtshof. Caso n. VIII ZR 51/95 (CISG-online 135), §23. Versão em inglês disponível em: <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6113>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁶³ “Building on an approach first enunciated by the Regional Appeal Court of Frankfurt/Main, and elaborated by academic commentators, the Court took the view that avoidance was a remedy of last resort. In the absence of any contrary intention of the parties, avoidance was available in the case of a delivery of non-conforming goods only when the defect was of such a serious nature as to prevent the buyer from utilising the goods in his business in the ordinary course of events.” LUBBE, Gerhard. “Fundamental breach under the GISG: A source of fundamentally divergent results”. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 68, n. 3, p. 447, 2004.

¹⁰⁶⁴ “The substantial deprivation factor in Art 7.3.1(2)(a) is clearly modelled upon the definition of fundamental breach under Art 25 CISG”. HUBER, Peter. “Article 7.3.1”. In: *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 923-924.

¹⁰⁶⁵ Art. 45 (1) Se o vendedor não cumprir qualquer das obrigações que lhe couberem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o comprador poderá: (a) exercer os direitos previstos nos artigos 46 a 52; (b) exigir a indenização das perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77.

61(1)(a) e (b)¹⁰⁶⁶ da Convenção. Trata-se, portanto, de sistema que protege a utilidade das Partes – derivada da *performance contratual* – até a última consequência.¹⁰⁶⁷ A CISG privilegia, sempre, a manutenção do contrato – pelo menos até que o vínculo comercial reste tão desgastado que o melhor resultado é o seu desfazimento.¹⁰⁶⁸

650. Esse momento se materializa, justamente, quando da perda da utilidade.¹⁰⁶⁹ Como já afirmamos em outra obra, “*não é possível ter dúvidas em afirmar que a função primordial dos remédios contra o inadimplemento é, justamente, permitir que a utilidade seja mantida mesmo em face do descumprimento contratual.*”¹⁰⁷⁰

651. Sistema similar pode ser encontrado, também, no artigo 7.3.1(1) e (2) Princípios do UNIDROIT. Em caso de inadimplemento simples, às partes só é autorizado recorrer a outros

¹⁰⁶⁶ Art. 61(1) Se o comprador não cumprir qualquer das obrigações que lhe incumbirem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o vendedor poderá: (a) exercer os direitos previstos nos artigos 62 a 65; (b) exigir a indenização das perdas e danos previstos nos artigos 74 a 77.

¹⁰⁶⁷ “[I]t is correct to affirm that the CISG favours the performance of the contract as far as possible, and thus, limits avoidance to exceptional cases of ‘fundamental breach’.” TORSELLO, Marco. “Remedies for Breach of Contract under the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, v. 9, n. 2, p. 263, 2005.

¹⁰⁶⁸ “As regards termination as a remedy for breach, the Convention speaks of ‘avoidance’. Since the effect of avoidance is to release both parties from their obligations under the contract the Convention places limits on this most drastic form of remedial relief – not only by restricting avoidance mainly to instances of ‘fundamental’ breach, but also by widening the seller’s right to ‘cure’ non-conforming delivery.” LOOKOFSKY, Joseph. *Understanding the CISG*. 4th ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2012. p. 103-104.

¹⁰⁶⁹ “According to the court, in the CISG remedial scheme, the remedy of avoidance for nonconformity of goods represents the last resort in respect to the other remedies available to the nonbreaching party. In the case at hand, the seller’s delivery of nonconforming goods did not amount to a fundamental breach of contract. In determining whether the nonconformity is fundamental, it is decisive whether the buyer can make use of the goods or resell them in the ordinary course of business without unreasonable inconvenience.” SPAIC, Aneta. “Interpreting Fundamental Breach”. In: DI MATTEO, Larry (ed.). *International Sales Law: A Global Challenge*. Nova York: Cambridge University Press, 2014. p. 247.

¹⁰⁷⁰ TEIXEIRA, Bruno Barreto de A. Remédios contra o Inadimplemento. In: KULESZA, Gustavo Santos e MOREIRA, Rodrigo (coord.). *Direito contratual e convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 211.

remédios contra o inadimplemento,¹⁰⁷¹ tais como os previstos nos artigos 7.1.3,¹⁰⁷² 7.1.4¹⁰⁷³ e 7.1.5.,¹⁰⁷⁴ por exemplo.

652. É o que afirmam, também, os comentários ao artigo 7.1.1., ao asseverarem que a premissa que rege os Princípios é que todos os remédios que não sejam logicamente inconsistentes podem ser cumulados, em caso de inadimplemento simples.¹⁰⁷⁵ Por isso, os Princípios demandam do operador do direito que observe se o contrato ainda é útil para as partes na averiguação do cabimento da resolução contratual.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷¹ “Section 7.3 of the PICC – which has been applied or referred to by a number of court decisions and arbitral awards – provides the aggrieved party with a right to terminate the contract if the other party does not perform. However, at the same time, the PICC severely restrict the scope of termination as a remedy. This decision corresponds to an international trend that is particularly visible in the area of sales law which is arguably the most important part of international commercial relations. Several modern (sales) laws, such as the new German law, the Scandinavian laws, and international instruments such as the CISG, the PECL, or the CESL treat termination as a remedy of last resort, which should only be granted if other remedies (eg performance, damages, or – if available as is often the case with sales contracts – price reduction) will not lead to an adequate result.” HUBER, Peter. “Introduction to Section 7.3. of the PICC”. In: VOGENAUER, Stefan (ed.) *Commentary on the UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts (PICC)*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 918.

¹⁰⁷² Art. 7.1.3 (1) Where the parties are to perform simultaneously, either party may withhold performance until the other party tenders its performance. (2) Where the parties are to perform consecutively, the party that is to perform later may withhold its performance until the first party has performed.

¹⁰⁷³ Art. 7.1.4. (1) The non-performing party may, at its own expense, cure any non-performance, provided that (a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure; (b) cure is appropriate in the circumstances; (c) the aggrieved party has no legitimate interest in refusing cure; and (d) cure is effected promptly. (2) The right to cure is not precluded by notice of termination. (3) Upon effective notice of cure, rights of the aggrieved party that are inconsistent with the non-performing party’s performance are suspended until the time for cure has expired. (4) The aggrieved party may withhold performance pending cure. (5) Notwithstanding cure, the aggrieved party retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure.

¹⁰⁷⁴ Art. 7.1.5. (1) In a case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance. (2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages but may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under this Chapter. (3) Where in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given notice allowing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of that period. If the additional period allowed is not of reasonable length it shall be extended to a reasonable length. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party fails to perform within the period allowed by the notice the contract shall automatically terminate. (4) Paragraph (3) does not apply where the obligation which has not been performed is only a minor part of the contractual obligation of the non-performing party.

¹⁰⁷⁵ “The assumption underlying the Principles is that all remedies which are not logically inconsistent may be cumulated” UNIDROIT. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁷⁶ “Whether in a case of non-performance by one party the other party should have the right to terminate the contract depends upon the weighing of a number of considerations. On the one hand, performance may be so late or so defective that the aggrieved party cannot use it for its intended purpose, or the behaviour of the non-performing party may in other respects be such that the aggrieved party should be permitted to terminate the

653. Logo, quando do exercício do esforço hermenêutico, o intérprete, ao aplicar o método proposto, deve buscar, sempre, proteger a eficiência (e, portanto, a utilidade) da transação. Com isso, criar-se-ão precedentes fundados em um sistema de incentivos corretos para que as partes se engajem, ainda mais, nas operações comerciais internacionais.

4.2.2. SEGURANÇA JURÍDICA E COMÉRCIO INTERNACIONAL

654. A segurança jurídica, corolário do próprio conceito de justiça,¹⁰⁷⁷ é um valor fundamental do direito.¹⁰⁷⁸ Este ramo das ciências sociais, que tem como função examinar como as normas que compõem o tecido da sociedade são construídas,¹⁰⁷⁹ tem como um de seus valores garantir que essas regras promovam maior segurança para os jurisdicionados.¹⁰⁸⁰

contract.” UNIDROIT. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁷⁷ “*Legal certainty (which is characteristic of every positive-law statute simply in virtue of the statute's having been enacted) takes a curious middle place between the other two values, purposiveness and justice, because it is required not only for the public benefit but also for justice. That the law be certain and sure, that it not be interpreted and applied one way here and now, another way elsewhere and tomorrow, is also a requirement of justice*”. RADBRUCH, Gustav. “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 6, 2006.

¹⁰⁷⁸ Robert Alexy, citando Gustav Radbruch, afirma que: “*Radbruch clothes this idea, already clearly expressed by Kant, in the formulation ‘that all of what is called positive law stems from the requirement of legal certainty’. Thus, legal certainty becomes the ground of positivity.*” ALEXY, Robert. Legal Certainty and Correctness. *Ratio Juris*, v. 28, n. 4, p. 441-451, 2015. p. 443-444.

¹⁰⁷⁹ “*Despite the variety of the definitions of ‘law,’ there is a minimum definition according to which by ‘law’ we mean the whole of the rules of conduct inducing the orderly human society. Now, the essential condition for an orderly human society is the existence of general laws which establish with certainty that which must be done and that which must not. But only the laws inscribed in the origin of the universe are certain: human order is a reflection of them, and their discovery and disclosure are the task of reason, however the accomplishment of this task may be conceived of.*” BOBBIO, Norberto. “Reason in Law”. *Ratio Juris*. V. 1, n. 2, p. 106, 1988.

¹⁰⁸⁰ “*Praticamos o direito positivo – o chamado direito moderno – visando a que a vida social possa ser experimentada em clima de paz e segurança. Submetemo-nos ao poder exercido pelo Estado moderno em troca de garantias mínimas de segurança por ele bem ou mal asseguradas. Sem a calculabilidade e a previsibilidade de comportamentos instaladas pelo direito moderno, o mercado não poderia existir.*” GRAU, Eros. “Princípios, a [In]segurança Jurídica e o Magistrado”. *Revista Amagis Jurídica*, v. 4, n. 7, p. 1, 2019.

655. A preocupação com a segurança jurídica em geral vem dos tempos romanos.¹⁰⁸¹ Desde aquela época, havia uma preocupação de dar ao direito razoável certeza, através da criação de formalidades que, ao fim, permitissem o exercício livre dos direitos (e do comércio).¹⁰⁸²

656. Entretanto, pouquíssimos ordenamentos jurídicos positivaram, historicamente, um conceito de segurança jurídica.¹⁰⁸³ A ausência de dispositivos normativos é função de sua complexa formulação – o que não quer dizer que tal preceito não encontra guarida dentro da própria noção de direito. Segundo Celso Antonio Bandeira de Melo, “*este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico.*”¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸¹ “Foi sob Adriano, que, após a longa lista de imperadores degenerados, a jurisprudência progrediu. Com o fito de promover o bem geral e a segurança dos direitos individuais dos seus súditos, foi que este imperador ordenou a confecção do – Edicto Perpetuo – encargo de que se desempenhou honrosamente o pretor Salvio Juliano. Neste Edicto deviam ser compilados os edictos anteriores dos antigos pretores; Juliano, porém, não se limitou a isso, pois inseriu na compilação as novas decisões, suprimindo as que estavam revogadas ou tinham caído em desuso. Aprovada por um *senatus-consultus*, gozou de tanta auctoridade pela fixidez das regras e pela lucidez das decisões que continha, que, afirma AULO-ÍGELLIO, o próprio povo deo-lhe a denominação de — *Eâcium Perpetuum* — antes mesmo de ser este trabalho submetido á aprovação do Senado. Graças á acção do Edicto referido, cessaram por parte dos magistrados as velleidades de fazer inconvenientes innovações no direito em vigor, sendo que a Lei 13 do Código, De Testamentis, claramente accentua que a ninguém é licito alterar as disposições de notada compilação, a Lei 2a do Digesto, De Successorio – Edicto accrescenta que, contra os seus preceitos, não prevaleciam reclamações.” FREITAS ROSA, Affonso Claudio. *Estudos de Direito Romano*. V. 1. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1916, p. 36-37.

¹⁰⁸² “A presença de testemunhas qualificadas com o estatuto de cidadãos romanos e a exigência de terem atingido a puberdade constituíam uma garantia de publicidade e de segurança do comércio jurídico, reforçada com a vigilância da divindade que as puniria se ousassem mentir.” JUSTO, António Santos. “A Segurança Jurídica do Comércio e a Função do Notariado (Direito Romano)”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. V. 84, p. 50, 2009.

¹⁰⁸³ O artigo 8º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, que antecede a Constituição Francesa de 24 de Junho de 1793 – a segunda constituição promulgada durante a Primeira República –, talvez seja o primeiro dispositivo normativo a formular, de forma mais coesa (ainda que de veras patrimonialista), um conceito de segurança jurídica, ao afirmar que: “*La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés.*”. Essa constituição nunca chegou a entrar em vigor, sendo substituída, posteriormente, pela Constituição de 1795. Essa norma afirma, em seu artigo 1º, que “[*l*]es droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété.” Ao definir o que a segurança significa, a Constituição revolucionária – que vigorou até o golpe do 18 brumário, que alçou Napoleão Bonaparte ao poder – afirmava que “[*l*]a sûreté résulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun.” Esse conceito, mais progressista e coletivista, impõe à coletividade (ou à sociedade como um todo) o dever de garantir a segurança do indivíduo. Para um exame mais completo sobre o papel da segurança jurídica no direito constitucional francês, cf. LUCHAIRE, François. *La Sécurité Juridique en Droit Constitutionnel Français*. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 11, 2001. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/secjur.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹⁰⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Mandamentos, 2005. p. 118.

657. Se os esforços de positivação no plano doméstico são escassos,¹⁰⁸⁵ parece haver um reconhecimento da vitalidade do tema no direito internacional.¹⁰⁸⁶ São várias as convenções internacionais que demandam a observância da segurança jurídica.¹⁰⁸⁷

658. Mas o que significa proteger a segurança jurídica no comércio internacional? O exame desse conceito passa, primeiro, pelo seu estudo na sociologia e na teoria geral do direito, e, depois, pela sua aplicação específica no campo do direito dos contratos do comércio internacional.¹⁰⁸⁸

659. No plano da sociologia, conceitua-se a segurança jurídica como elemento intrínseco da ordem econômica vigente. Max Weber, amplamente reconhecido como pioneiro no exame do tema,¹⁰⁸⁹ afirmava que a segurança é inerente à própria lógica do sistema capitalista.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁵ Essa escassez leva, inclusive, a questionamentos sobre a própria existência desse princípio tanto no direito civil quanto na *common law*. Cf., e.g., BOBBIO, Norberto. “La certezza del diritto è un mito?” *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*. V. 28, p. 146-152, 1951; e FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. Londres: Stevens & Sons, 1949.

¹⁰⁸⁶ “*Conflict rules have to provide for security in law.*” VISCHER, Frank. *General Course on Private International Law. Recueil des Cours*, Leiden, n. 232, 1992. p. 79.

¹⁰⁸⁷ Neste sentido, cf., e.g., a Convenção sobre a Lei Aplicável a Alguns Direitos Relativos à Valores Mobiliários detidos por Intermediários, assinada na Haia em 2006, que prevê, em seu preâmbulo, que a segurança jurídica é uma necessidade prática urgente do comércio internacional; a Convenção sobre Escolha de Foro, assinada na Haia em 2005, que reconhece, em seu preâmbulo, a necessidade de se observar a segurança jurídica no que tange a efetividade de cláusulas de escolha de foro no comércio internacional; e os Princípios da Haia, que, em seu item 1.3., reconhecem que a proteção à autonomia da vontade das partes aumenta a segurança e a previsibilidade no comércio internacional.

¹⁰⁸⁸ Esse exame faseado da segurança jurídica no plano internacional é inspirado na obra de Frank Vischer. Cf. VISCHER, Frank. *The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts. Recueil des Cours*, Leiden, n. 142, 1974. p. 9-17.

¹⁰⁸⁹ “*Traditionally, the support structures of economic activities are associated with the concept of legal certainty, which here is conceptualised in the Weberian tradition. According to Weber, legal certainty promises calculability of economic activities. It creates trust which is indispensable to market capitalism. Calculability of economic activities requires consistent and regular state activity. Stable and predictable legal systems facilitate long-term private planning, where economic expectations have a reasonable chance of gaining satisfaction. Rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances enable entrepreneurs to plan their affairs. In the Weberian model, law is regarded as a hierarchical system of rules that is characterised by generality, uniformity, stability, clarity, publicity and predictability. Legal rules are backed by sanctions based on the nation state’s monopoly of organised violence. According to this model, capitalism and a legal order based on clear general norms, in conjunction with relatively formalistic modes of legal decision-making, necessarily go hand-in-hand*” DORBECK-JUNG, Bärbel. “Global Trade: Changes in the Conceptualisation of Legal Certainty?” In: GESSNER, Volkmar. (ed.). *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*. Oxford: Hart, 2009. p. 289.

¹⁰⁹⁰ “*To those who had interests in the commodity market, the rationalization and systematization of the law in general and, with certain reservations to be stated later, the increasing calculability of the functioning of the legal process in particular, constituted one of the most important conditions for the existence of economic enterprise intended to function with stability and, especially, of capitalistic enterprise, which cannot do without legal security. Special forms of transactions and special procedures, like the bill of exchange and the*

660. Para a doutrina moderna, a segurança jurídica como princípio normativo se desenrola através de cinco axiomas: (i) a necessidade de se agir dentro da legalidade; (ii) a proteção da confiança; (iii) o fomento da estabilidade das relações jurídicas; (iv) a necessidade de preservação da previsibilidade; e (v) a primazia do tratamento igualitário.¹⁰⁹¹

661. Esses elementos são também utilizados, *mutatis mutandis*, na construção de um conceito internacional de segurança jurídica.¹⁰⁹² Quem melhor trata o tema é Thalia Kruger; em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia, a professora sul-africana examina a fundo a busca do direito internacional privado por uma formulação coesa de segurança jurídica.

662. A autora inicia seu argumento afirmando que, apesar de o fato de o princípio ser considerado fundamental no ramo do direito internacional privado,¹⁰⁹³ ele funciona mais como um objetivo do que como uma regra – e, como tal, deve ser examinado dentro de uma série de outros fatores relevantes para a adequada solução de controvérsias no plano internacional.¹⁰⁹⁴

663. Partindo dessa perspectiva, a autora inicia sua busca por uma definição de como a segurança jurídica é aplicada no plano do direito internacional privado. Examinando o conceito através de diversas perspectivas, incluindo a do direito público e do direito comunitário

special procedure for its speedy collection, serve this need for the purely formal certainty of the guaranty of legal enforcement.” WEBER, Max. *Economy and Society*. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 883.

¹⁰⁹¹ “No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem: 1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.” BARROSO, Luís Roberto. “Segurança Jurídica, Direito Intertemporal e o Novo Código Civil”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 90, p. 35-36, 2004.

¹⁰⁹² “I therefore suggest in conflicts of law a rather private law approach which puts the interests of the individual in the first rank. One may call this goal the establishment of an international principle of confidence. This should apply especially in the field of contracts where as a rule only the two parties interests are at stake.” VISCHER, Frank. *The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts. Recueil des Cours*, Leiden, n. 142, 1974. p. 17.

¹⁰⁹³ “This principle is sometimes said to lie at the very basis of private international law.” The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases. KRUGER, Thalia. *The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases. Recueil des Cours*, Leiden, n. 380, 2016. p. 291.

¹⁰⁹⁴ “Throughout the analysis legal certainty will be portrayed as a goal and in reality, as will become clear, a moving target. To increase the level of this game, legal certainty is not the only target to be hit in international civil cases. A discussion of legal certainty without keeping an eye on these other targets would be both boring and removed from reality.” *Ibid.*, p. 293.

européu, a autora conclui que a melhor definição do conceito de segurança jurídica passa pela proteção da legítima expectativa das partes.¹⁰⁹⁵

664. Diante da dicotomia fundamental entre as concepções objetivista e subjetivista da segurança jurídica,¹⁰⁹⁶ a visão exposta por Thalia Kruger tende para privilegiar o seu aspecto subjetivo.¹⁰⁹⁷ A autora reconhece que a tendência mais moderna na doutrina internacionalista é buscar mecanismos de aplicação da norma no plano internacional que protejam a expectativa das partes.¹⁰⁹⁸

665. Essa concepção subjetivista da segurança jurídica no plano do direito internacional vem sendo corroborada também pelas cortes. O principal exemplo é a decisão da Corte Europeia de Justiça em *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV and MIC Operations BV*.¹⁰⁹⁹

666. A disputa envolvia um contrato de transporte celebrado entre uma empresa belga e duas companhias holandesas de transporte ferroviário. As partes não chegaram a celebrar um contrato escrito, e nem acordaram, expressamente, em uma cláusula de lei aplicável. Quando uma de suas faturas enviadas não foi paga, a companhia belga ingressou com ação judicial perante as cortes holandesas, buscando a cobrança do valor inadimplido.

¹⁰⁹⁵ “[L]egal certainty is what the individual can rely on. Law becomes a societal tool which has the function of protecting the expectations of individuals. It would be convenient if law could become like the laws of nature, providing absolute certainty, so that the individual knows that A (a particular action) always leads to B (a particular consequence). Thus law gets the function of bringing the relations between people and institutions in line with expectations, i.e. to create certainty for the choices that individuals make.” KRUGER, Thalia. *The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases. Recueil des Cours*, Leiden, n. 380, 2016. p. 296.

¹⁰⁹⁶ Para uma análise do princípio pela sua perspectiva objetiva, cf. RAITIO, Juha. “Legal Certainty as an Element of Objectivity in Law”. In: HUSA, Jakko; VAN HOECKE, Mark (ed.). *Objectivity in Law and Legal Reasoning*. London: Hart, 2013, p. 85-108.

¹⁰⁹⁷ “That is why we must aim for subjective legal certainty, looking at legal subjects and their expectations. Thus the quest for legal certainty, together with ideals of fairness and substantive justice must continue, and with it the search for the perfect methodology in private international law.” KRUGER, Thalia, *op. cit.*, p. 434.

¹⁰⁹⁸ “Objective legal certainty requires the rules of private international law to be clear. Subjective legal certainty requires respect for the expectations of the parties. In international civil cases these two forms of legal certainty cause tension. In the original Von Savigny logic, the rule, i.e. the connecting factor, must be clear. Thus objective legal certainty is guaranteed. However, today we see a trend to increasingly take other factors into account in order to seek the best substantive solution.” KRUGER, Thalia, *op. cit.*, p. 302.

¹⁰⁹⁹ CJEU C-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV and MIC Operations BV*, [2009] ECR I-9687.

667. As companhias holandesas alegaram, contudo, que o pleito estaria prescrito de acordo com a lei holandesa – que se aplicaria ao caso. As cortes holandesas, tanto em primeira quanto em segunda instância, reconheceram a ocorrência da prescrição.

668. Em sede de apelação à *Hoge Raad der Nederlanden* – a corte mais alta do país para questões de direito privado –, submeteu a questão à Corte Europeia de Justiça, buscando um pronunciamento da corte comunitária sobre a correta interpretação das regras de conexão estipuladas na Convenção de Roma ao caso concreto,¹¹⁰⁰ especificamente os artigos 4(2), (4) e (5) da Convenção.¹¹⁰¹

669. A corte deixou bem claro, em sua decisão, que qualquer interpretação acerca da extensão e aplicabilidade das regras de conexão previstas na Convenção deve levar em conta a segurança jurídica, por esta se tratar de premissa basilar do instrumento.¹¹⁰² Referenciando o

¹¹⁰⁰ Neste caso, a disputa nasceu antes da vigência do Regulamento Roma I, motivo pelo qual a Corte examinou o caso pela perspectiva de sua regra antecessora.

¹¹⁰¹ Art. 4(2) Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated. (4) A contract for the carriage of goods shall not be subject to the presumption in paragraph 2. In such a contract if the country in which, at the time the contract is concluded, the carrier has his principal place of business is also the country in which the place of loading or the place of discharge or the principal place of business of the consignor is situated, it shall be presumed that the contract is most closely connected with that country. In applying this paragraph single voyage charter-parties and other contracts the main purpose of which is the carriage of goods shall be treated as contracts for the carriage of goods. (5) Paragraph 2 shall not apply if the characteristic performance cannot be determined, and the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 shall be disregarded if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country.

¹¹⁰² “*This proposal should bring about a complete unification of the rules of conflict. [...] The great advantage of this proposal is undoubtedly that the level of legal certainty would be raised, confidence in the stability of legal relationships fortified, agreements on jurisdiction according to the applicable law facilitated, and the protection of rights acquired over the whole field of private law augmented.*” REPORT on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Professor, University of Milan (who contributed the introduction and the comments on Articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde Professor, University of Paris I (who contributed the comments on Articles 2, 9, 11, and 14 to 33). Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031%2801%29>. Acesso em: 16 abr. 2023.

preâmbulo da Convenção,¹¹⁰³ a corte afirma que o objetivo da Convenção é fortalecer a confiança das partes e a estabilidade das relações internacionais.¹¹⁰⁴

670. A fundamentar sua decisão, a corte buscou balancear a rigidez da regra de conexão e a possibilidade de sua flexibilização a partir de uma ótica protetiva da previsibilidade e, portanto, das legítimas expectativas das partes. Segundo a corte, esse balanço desse sempre privilegiar a proteção da expectativa das partes engajadas numa relação internacional.¹¹⁰⁵

¹¹⁰³ “PREAMBLE: THE HIGH CONTRACTING PARTIES to the Treaty establishing the European Economic Community, ANXIOUS to continue in the field of private international law the work of unification of law which has already been done within the Community, in particular in the field of jurisdiction and enforcement of judgments, WISHING to establish uniform rules concerning the law applicable to contractual obligations, HAVE AGREED AS FOLLOWS:”

¹¹⁰⁴ “It is also apparent from that preamble that the objective of the Convention is to establish uniform rules concerning the law applicable to contractual obligations, no matter where the judgment is delivered. As is apparent from the Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I (OJ 1980 C 282, p. 1) (‘the Giuliano and Lagarde report’), the Convention was born of a wish to eliminate the inconveniences arising from the diversity of the conflict-of-law rules in the area of contracts. The function of the Convention is to raise the level of legal certainty by fortifying confidence in the stability of legal relationships and the protection of rights acquired over the whole field of private law. [...] In the light of those considerations, the answer to the fifth question must be that Article 4(5) of the Convention must be construed as meaning that, where it is clear from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that determined on the basis of one of the criteria set out in Article 4(2) to (4) of the Convention, it is for the court to disregard those criteria and apply the law of the country with which the contract is most closely connected.” CJEU C-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV and MIC Operations BV*, [2009] ECR I-9687.

¹¹⁰⁵ “In that regard, it is necessary to establish the function and objective of the second clause of Article 4(5) of the Convention. It is apparent from the Giuliano and Lagarde report that the draftsmen of the Convention considered it essential ‘to provide for the possibility of applying a law other than those referred to in the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4 whenever all the circumstances show the contract to be more closely connected with another country’. It is also apparent from that report that Article 4(5) of the Convention leaves the court ‘a margin of discretion as to whether a set of circumstances exists in each specific case justifying the non-application of the presumptions in paragraphs 2, 3 and 4’ and that such a provision constitutes ‘the inevitable counterpart of a general conflict rule intended to apply to almost all types of contract’. It thus follows from the Giuliano and Lagarde report that the objective of Article 4(5) of the Convention is to counterbalance the set of presumptions stemming from the same article by reconciling the requirements of legal certainty, which are satisfied by Article 4(2) to (4), with the necessity of providing for a certain flexibility in determining the law which is actually most closely connected with the contract in question. Since the primary objective of Article 4 of the Convention is to have applied to the contract the law of the country with which it is most closely connected, Article 4(5) must be interpreted as allowing the court before which a case has been brought to apply, in all cases, the criterion which serves to establish the existence of such connections, by disregarding the ‘presumptions’ if they do not identify the country with which the contract is most closely connected. It therefore falls to be ascertained whether those presumptions may be disregarded only where they do not have any genuine connecting value or where the court finds that the contract is more closely connected with another country. As is apparent from the wording and the objective of Article 4 of the Convention, the court must always determine the applicable law on the basis of those presumptions, which satisfy the general requirement of foreseeability of the law and thus of legal certainty in contractual relationships. However, where it is clear from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that identified on the basis of the presumptions set out in Article 4(2) to (4) of the Convention, it is for that court to refrain from applying Article 4(2) to (4).” CJEU C-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV and MIC Operations BV*, [2009] ECR I-9687.

671. A decisão se alinha com a posição esposada pelo Governo da República Tcheca. Em suas observações submetidas à Corte, o Governo afirma que a segunda frase do artigo 4(1) da Convenção deve ser aplicada como exceção; do contrário, violar-se-ia, justamente, os princípios da segurança jurídica e da proteção da legítima expectativa das partes.¹¹⁰⁶

672. Se a proteção à segurança jurídica passa pela proteção à legítima expectativa das partes,¹¹⁰⁷ o que significa observar a legítima expectativa dos *players* do comércio internacional? O comerciante que atua no plano das transações comerciais internacionais tem como objetivo celebrar contratos que permitam uma troca eficiente.¹¹⁰⁸ Assim, proteger a legítima expectativa do comerciante é proteger a utilidade da transação.

673. Nesse ponto, é possível concluir que existe uma intrínseca conexão entre os dois aspectos elementares do comércio internacional. Proteger a segurança jurídica significa, na essência, proteger a eficiência da transação.¹¹⁰⁹

¹¹⁰⁶ “[T]he second sentence of Article 4(1) of the Convention should be applied by way of exception, in so far as the application of a separate law to certain parts of a contract, even though they are severable from the rest, undermines the principles of legal certainty and of ‘the protection of legitimate expectations’.” CJEU C-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC (ICF) v. Balkenende Oosthuizen BV and MIC Operations BV*, [2009] ECR I-9687.

¹¹⁰⁷ “In this way, the ideal of legal certainty has been central in stabilizing normative expectations and in providing a framework for social interaction, as well as defining individual freedom and political power in modern societies.” FENWICK, Mark; WRBKA, Stefan. “The Shifting Meaning of Legal Certainty”. In: FENWICK, Mark; WRBKA, Stefan. *Legal Certainty in a Contemporary Context*. Cham: Springer, 2016, p. 2.

¹¹⁰⁸ “The rationale for this rule is found on the one hand in the fact that the prime objective of contract laws is ‘to protect justified expectations of the parties and to make it possible for them to foretell with accuracy what will be their rights and liabilities under the contract’,” VISCHER, Frank. *The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 142, 1974. p. 39.

¹¹⁰⁹ “The role of the judges is enhanced through the application of the principle of legal certainty, and more particularly of protection of legitimate expectations, because of the necessary casuistic protection of individuals’ rights against the unreasonable interventions by the institution of into the legal corpus. But, this judicial discretion exercised in light of the diverging interests that have to be balanced is in practice explained by the minimisation of the social cost. This cost in this particular instance concern on the one hand the reliance costs of the incurred by individuals who have relied on the previous law as well as the opportunity costs in terms of missed benefits due to the frustrated realisation of the consequences attached to this previous law. On the other hand, the cost concerns the missed benefits of the supposedly expected better law.” PORTUESE, Aurelien; GOUGH, Orla; TANEGA, Joseph. “The Principle of Legal Certainty as a Principle of Economic Efficiency”. *European Journal of Law and Economics*, v. 44, n. 1, p. 156, 2017. Em sentido contrário, cf. HEYDEBRAND, Wolf. “Contractual Certainty versus Efficiency: The Historical and Institutional Context of Global Trade”. In: GESSNER, Volkmar. (ed.) *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*. Oxford: Hart, 2009, p. 333-334., em que o autor conclui que “the criterion of ‘contractual certainty’ is no longer deemed central under conditions of economic globalisation; rather, the new neo-liberal governing norms are ‘efficiency’ and pragmatism”. Ainda Segundo Heydebrand: “Strategic networks and procedural informalism serve to deconstruct contractual certainty in favour of contractual efficiency. They legitimise the one-sided support of privatised, governance-oriented or unregulated neo-liberal globalisation. By the same token, they weaken normative and broadly democratic efforts (ie not just formal and political, but social and economic) to

674. Nesse contexto, essencial entender, também, o papel dos institutos seminais da metodologia ora proposta na construção de uma maior segurança jurídica e eficiência no plano do comércio internacional. A autonomia da vontade, o princípio da internacionalidade e os limites ao método hermenêutico proposto (overriding mandatory rules e ordem pública) tem, todos, função na preservação da segurança e da eficiência dos contratos objetos desta tese.

675. Se a prevalência da expectativa das partes é o principal parâmetro de averiguação de segurança jurídica,¹¹¹⁰ não é difícil perceber como a autonomia da vontade é um instrumento poderosíssimo na sua proteção. Tendo o poder para determinar o conteúdo da relação contratual, bem como o conjunto de regras aplicáveis à avença, as partes estão na melhor posição possível para determinar, no próprio contrato, quais são suas legítimas expectativas.

676. Essa visão de que a proteção da segurança jurídica nas relações contratuais é garantida pelo próprio exercício da autonomia da vontade é amplamente difundida na doutrina.¹¹¹¹ Segundo Thalia Kruger, a possibilidade de determinação da lei aplicável é ferramenta essencial da proteção da segurança jurídica.¹¹¹²

677. Isso não quer dizer, contudo, que a autonomia da vontade seja o único e singular elemento a ser observado quando do esforço hermenêutico, para fins de atingir a expectativa das partes. Primeiro, pois o dissenso interpretativo é da própria natureza das disputas

regulate rampant expansion. A related but separate analysis would also need to examine the widely discussed shift to privatised and discretionary processes of dispute resolution and business mediation and their easy relationship to legal and process pluralism as well as 'interlegality'.

¹¹¹⁰ “On the other hand, legal certainty can be considered an instrument to assure other rights that involve individual autonomy. Thus we can speak of life, freedom and property “in” certainty, given its role in stabilizing and assuring the necessary conditions for the exercise of freedom. Individual autonomy assumes knowledge of existing and valid norms as well as their stability over time because without these elements people are no longer able to plan and conceive their future.” ÁVILA, Humberto. *Certainty in Law*. Cham: Springer, 2016, p. 109.

¹¹¹¹ Cf., e.g.: “No other instrument can more efficiently secure the parties’ interest for certainty in the result than the autonomy principle. As Rabel states: ‘The choice of law by the parties obviates the unpredictable findings of unpredictable tribunals and consolidates the contract under the law, while negotiation is in course’.” VISCHER, Frank. *The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 142, 1974. p. 37.

¹¹¹² “Allowing parties to choose which law will govern their contract is a way to promote legal certainty, in the sense of predictability. This is a form of certainty that the parties buy for themselves. They provide for their own certainty.” KRUGER, Thalia. *The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 380, 2016. p. 472.

contratuais;¹¹¹³ quando as partes entram em uma lide, esse conflito se funda, invariavelmente, em interpretações paradoxais (e distintas) do mesmo instrumento negocial.

678. Segundo, pois não são raras as hipóteses em que o exercício, pelas partes, da autonomia da vontade (seja ela no seu nível conflitual ou material) vai de encontro às normas basilares aplicáveis a um determinado contrato.¹¹¹⁴ As partes podem, por exemplo, estipular cláusula flagrantemente ilegal em um determinado ordenamento, ou escolher uma lei (ou regra de direito) cuja aplicação é vedada no foro da demanda.

679. Nesses casos, o hermeneuta deve ponderar se a manutenção do dispositivo contratual beneficia, ou não, a legítima expectativa das partes e a eficiência da transação. Quando confrontado com um potencial antinomia, a melhor forma de proteger a segurança jurídica e a eficiência é preservar a internacionalidade da avença. Por vezes, isso levará à manutenção do dispositivo contratual; por outras, afastar-se-á a norma contratual por aplicação de uma das exceções à interpretação internacionalista.

680. Por isso, parece equivocada concluir, como faz parte da doutrina,¹¹¹⁵ que estas exceções (*overriding mandatory provisions* e ordem pública) afetam negativamente a segurança jurídica. Poder-se-ia argumentar que o direito dos contratos internacionais se beneficiaria de maior clareza a cerca do que são as chamadas *overriding mandatory provisions* e o que consiste, objetivamente, a exceção de ordem pública.¹¹¹⁶ Mas isso não quer dizer que

¹¹¹³ “It is a feature of interpretations that they are generally disputed.” MITCHELL, Catherine. *Interpretation of Contracts*. Londres: Routledge, 2007, p. 16.

¹¹¹⁴ “In addition to the restrictions deriving from the scope of application of the conflict rule (which will be discussed in section 4 below), party autonomy may be restricted through two mechanisms of private international law: the application of overriding mandatory rules and the exception of *ordre public*.” CORDERO-MOSS, Giuditta. “Foundation, Limits and Scope of Party Autonomy”. In: FERRARI, Franco; ARROYO, Diego (ed.) *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*. Cheltenham: Elgar, 2019, p. 78. Nesta mesma linha, cf. SYMEONIDES, Symeon. “The scope and limits of party autonomy in international contracts: a comparative analysis”. In: FERRARI, Franco; ARROYO, Diego (ed.) *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*. Cheltenham: Elgar, 2019, p. 140-145.

¹¹¹⁵ “These rules are vague and, as no state denies them, without practical value; they have a purely negative character, as they only describe a situation which the state may not call into being without infringing international law. How far a state can go in the non- recognition of rights acquired abroad and in the restriction of the rights to trade, cannot be ascertained with certainty.” KOSTERS, Jan. “Public Policy in Private International Law”. *Yale Law Journal*, v. 29, p. 747-748, 1919-1920. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/11516/66_29YaleLJ745_1919_1920_.pdf?sequence=2. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹¹⁶ Ao tratar da relação entre ordem pública e segurança jurídica, Thalia Kruger afirma que: “While an exception might be necessary, legislation should provide for a clear standard, and one that complies with the expectations of parties.” KRUGER, Thalia. *The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases*. *Recueil*

aplicar, de forma coerente, essas exceções ao princípio da internacionalidade da avença afasta, necessariamente, a segurança jurídica e a eficiência econômica, elementos que, como visto, são necessários para o fomento do comércio internacional.

681. Conclui-se, portanto, que a adoção de uma visão subjetivista da segurança jurídica, como propõe a doutrina mais moderna, é benéfica ao desenvolvimento do comércio internacional. Construir o método hermenêutico em cima de uma noção de segurança jurídica como princípio de proteção da legítima expectativa, por um lado, e como corolário intrinsecamente relacionado à eficiência econômica, por outro, é, então, fundamental para a compreensão de como melhor erigir um método hermenêutico para os contratos do comércio internacional.

4.3. EFEITOS DA APLICAÇÃO DA METODOLOGIA PROPOSTA

682. Nesse subcapítulo, examinaremos três efeitos relevantes gerados pelo método proposto e que indicam que seu uso justifica o seu uso,¹¹¹⁷ promovendo tanto a eficiência quanto a segurança jurídica nos contratos comerciais internacionais e fomentando, assim, o aumento do seu fluxo. São eles: (1) proteção da alocação de risco avençada pelas partes; (2) proibição do comportamento oportunista; e (3) promoção do equilíbrio contratual em casos de alteração das circunstâncias.

4.3.1. PROTEÇÃO DA ALOCAÇÃO DE RISCO AVENÇADA PELAS PARTES

683. Os contratos são instrumentos de alocação de riscos.¹¹¹⁸ As partes, exercendo a sua autonomia material, estipulam obrigações, condições e termos contratuais cuja função é

des Cours, Leiden, n. 380, 2016. p. 402. Como já tratado acima, essa obra adota outra perspectiva, que concede à ordem pública (na sua qualidade de exceção) caráter moldável às realidades de um determinado espaço em um determinado momento no tempo. Essa perspectiva também não é incompatível com a noção de segurança jurídica, na medida em que a proteção da utilidade da transação pode passar, em alguns casos, pela proteção da ordem pública.

¹¹¹⁷ “*La manifestation la plus courante de la déformalisation du droit international au sens ou elle est comprise ici est le recours à l’effet ou l’impact de la norme comme facteur de ‘juridicisation’ de celle-ci. Selon cette approche, l’effet d’une norme sur les acteurs auxquelles elles s’imposent n’est pas la conséquence de son entrée dans le champ du droit international mais le déterminant de son caractère juridique.*” D’ASPREMONT, Jean. La Déformalisation en Droit International et l’Abandon de la Théorie des Sources dans la Doctrine Contemporaine. In: *L’Observateur des Nations Unies*, v. 30, n. 1, p. 46, 2011.

¹¹¹⁸ “*Em nossa sociedade, nem todos têm o mesmo desejo nem a mesma aptidão para enfrentar um risco definido. Os comerciantes formam uma sociedade para implementar um projeto que ultrapassa, para cada um, o nível de risco que aceita suportar. As seguradoras podem absorver riscos bem delimitados operando em escala*

estipular quem assumirá mais (ou menos) riscos associados ao contrato.¹¹¹⁹ Essa alocação de riscos pode ser feita de forma direta ou indireta.

684. A alocação direta é feita através de cláusulas contratuais.¹¹²⁰ Declarações e garantias, limitações (ou exclusões) de responsabilidade, cláusulas penais e cláusulas resolutivas expressas são exemplos de instrumentos contratuais cujo conteúdo é conhecimento universalmente, e por meio do qual as partes estipulam, de forma direta, quem suportará os riscos associados a um contrato.¹¹²¹

685. Vejamos o exemplo das cláusulas resolutivas expressas. Por meio delas, as partes acordam que determinado descumprimento do contrato pode gerar sua resolução.¹¹²² Em caso

muito grande e diversificando os riscos segurados. Para outros é o conhecimento profundo de uma atividade determinada o que lhes dá vantagens perante leigos para absorver os riscos a ela associados. É o caso do comerciante que opera no mercado de opções-futuros, e pensa poder especular melhor sobre o futuro que seu cliente. Cada um buscará, conforme as instituições, a quem transferir o risco, seu nível preferido de risco. Pode-se considerar, no que tange à transferência de riscos, que sua alocação nos contratos é dimensão importante em todas as instituições jurídicas que dispõem sobre o mercado. A redução, o pôr em comum e a transferência de riscos tornam viável um número de projetos que, de outra forma, não o seriam (visto que muito arriscados). Essas instituições aumentam a possibilidade de trocas e, pois, do bem-estar.” MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 40.

¹¹¹⁹ “Within any bilateral relationship, furthermore, there are various ways to allocate the rents and quasi-rents arising from it, and of these various allocations, the parties can choose the one that maximizes the value of contractual enforcement” KATZ, Avery. “Contractual Enforcement Institutions and the Structure of Information”. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 164, n. 1, p. 141, 2008.

¹¹²⁰ “The parties are presumed to be able to assess the risks connected with the transaction and to provide for appropriate regulation of the relationship and allocation of risk.” CORDERO-MOSS, Giudita. “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. Disponível em: <https://doi.org/10.2202/1934-2640.1189>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹²¹ “Therefore, the parties to a foreign trade contract are apt to be concerned with the allocation of a large number of risks among themselves by means of universally understood contract terms.” BERMAN, Harold J.; KAUFMAN, Colin. “Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)”. *Harvard International Law Journal*, v. 19, n. 1, 222, 1978.

¹¹²² “Não contentes com a cláusula resolutiva implícita, as partes frequentemente ajustam que a inexecução da obrigação importa na resolução de pleno direito. É a adoção da antiga *lex commissoria*, que as partes inserem como integrante do próprio negócio jurídico, e que opera a ruptura do vínculo como consequência da vontade mesma criadora deste. Aqui tratamos da cláusula resolutiva expressa.” PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. 30ª ed. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 62.

de inadimplemento, extingue-se, portanto, a obrigação.¹¹²³ Nesse caso, as partes acordam que todo o risco decorrente do inadimplemento ao devedor.¹¹²⁴

686. A alocação direta de riscos acordada tem, naturalmente, um caráter jurídico-contratual.¹¹²⁵ Mas a alocação de riscos também produz efeitos na economia da avença.¹¹²⁶ Tomando por base o exemplo acima, a parte que aceita uma cláusula resolutiva expressa – e, portanto, assumi mais riscos – pode ter como contrapartida na negociação um preço maior.¹¹²⁷

687. *Ergo*, examinar os dispositivos contratuais isoladamente não escancara o conteúdo completo do acordo. Exige-se do intérprete entender não só os fundamentos jurídicos, mas

¹¹²³ “Evidentemente, em todas as hipóteses acima elencadas, as partes, a princípio, devem cumprir a obrigação pactuada. Contudo, se não houver esse adimplemento, na primeira situação acima referida, diante da cláusula resolutiva expressa, ficará mais simples para a parte prejudicada suscitar o fim do negócio. Afinal, bastará demonstrar que o fato – a falha na entrega da prestação – foi clara e expressamente contemplado pelas partes, que, de acordo, previram que a hipótese acarretaria o fim da relação negocial.” CASTRO NEVES, José Roberto de. “As ‘Imperfeitas’ Cláusulas Resolutivas”. In.: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das Obrigações: Pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Processo, 2020. v. 1. p. 298.

¹¹²⁴ “Dentre os diversos instrumentos privados de gestão de riscos contratuais, a cláusula resolutiva expressa se firma como instituto privilegiado a desempenhar referida função, concedendo ao contratante não-inadimplente ‘transferir o risco de sua insatisfação ao devedor’. Cuida-se, com efeito, de ferramenta à disposição dos contratantes vocacionada à alocação e(ou) disciplina dos efeitos dos riscos do negócio.” TERRA, Aline de Miranda Valverde. “A Operatividade da Cláusula Resolutiva Expressa”. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyce (coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 626.

¹¹²⁵ “Contracting parties can promote their joint interest by exploiting comparative advantages in risk management through contractual allocation of risk” TRIANTIS, George. “Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability”. *The University of Toronto Law Journal*, v. 42, n. 4, p. 454.

¹¹²⁶ “In contracts for the sale of goods between sophisticated business parties, the buyers' consideration is almost always merely the contract price. It can thus be easily quantified in dollars and cents. Moreover, since business parties typically seek to maximize their profits, they do not attach any particular psychological value to the goods they buy or sell through their commercial contracts. In contrast to consumer buyers or sellers, their preferences are simple: they prefer more profits to less and their profits can be quantified in dollars and cents too. This undermines the economic rationale for the peppercorn doctrine and argues against applying it in at least some cases. Indeed, from an economic perspective, it might be socially inefficient for courts not to use the contract price to help in interpreting disputed contract terms if the use of the contract price could improve their decisions.” SMYTHE, Donald J. “Consideration for a Price: Using the Contract Price to Interpret Ambiguous Contract Terms.” *Northern Illinois University Law Review*, v. 34, n. 1, p. 112, 2013.

¹¹²⁷ “When two individuals enter a contract, each seeks favorable terms. Suppose initially that the individuals have the same information about the good, and know each other's valuations. If an exchange would make both parties better off, they would enter a contract. The terms of the contract will create the greatest pie, and parties will divide that pie according to their relative bargaining power. For example, if Seller values a widget at \$10, and Buyer values a widget at \$20, they will make a deal. The surplus is \$10, and they will split it by choosing a price between \$10 and \$20. If Buyer will also pay \$2 for a warranty, and the warranty will cost Seller \$1, then the contract will include a warranty, and a price adjustment between \$1 and \$2.” POSNER, Eric. *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?* *John M. Olin Law & Economics Working Paper* n. 146 (2002), p. 4.

também todos os fatores que levaram às partes a uma estrutura específica de operação.¹¹²⁸ Afinal, o balanço dos riscos de um contrato, expresso no preço avençado pelas partes, leva em consideração não só as expectativas de cada parte acerca do valor da prestação, mas também o valor dado pelas partes ao conteúdo jurídico do contrato.¹¹²⁹

688. Por isso, para compreender integralmente a alocação de risco acordada pelas partes, deve o operador do direito examinar, também os elementos de alocação indireta. O principal deles é o preço.¹¹³⁰ A formação do preço acordado entre as partes é elemento subjetivo,¹¹³¹ conectado a utilidade da prestação,¹¹³² que serve como fator de estabilização dos elementos de informação necessários para a adequada alocação de riscos de uma determinada operação comercial.¹¹³³

¹¹²⁸ “When objectively analyzing an agreement, the interpreter must look for the overall economic reasoning of the transaction. Accordingly, the allocation of risks must be analyzed together with the expected return. Price, term, investment, opportunity, all must be taken into account.” WAISBERG, Ivo. *Concept and Interpretation of Commercial Agreements under Brazilian Law*, 2 abr. 2018, p. 13. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3078075. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹²⁹ “Legal terms are part of the features of a product or service. If the terms are not to the liking of a group of consumers and a different arrangement is possible for which consumers are willing to pay, competition leads us to expect that the new package will appear in the market. Conversely, this consideration allows us to conclude that in a competitive market legal arrangements, even in standard form, will generally reflect what consumers prefer at a price they are willing to pay” MACKAAY, Ejan. “Law and Economics: What’s in it For us Civilian Lawyers”. In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (ed). *Law and Economics in Civil Law Countries*. Amsterdam: Elsevier, 2001, p. 34.

¹¹³⁰ “Legal rules matter to them only insofar as they affect their well-being, and the primary way in which they do so is by changing the relative prices of actions through the imposition of rewards and sanctions.” STONE, Rebecca. “Economic Analysis of Contract Law from the Internal Point of View”. *Columbia Law Review*, v. 116, n. 8, p. 2008, 2005.

¹¹³¹ “The demand for goods is apparently well expressed as subjective valuation of them in terms of their marginal utility.” STUART, Henry. *Subjective and Exchange Value*. *Journal of Political Economy*, v. 4, n. 2, 1896. p. 208.

¹¹³² “Economic theory began to assume its contemporary shape in the late 19th century when utility theory and calculus were conjoined.’ The realization that the optimum bundle of goods purchased by a consumer could be expressed mathematically as the point where marginal utility equals price provided the essential insight. Focusing upon marginal utility, rather than total utility, clarified many traditional puzzles about prices. For example, why do diamonds cost more than water? A clean answer to the “paradox of value” is that, while water is more useful and its total utility exceeds diamonds’, the relative scarcity of diamonds makes their marginal utility exceed water’s. This approach yielded insights and discoveries that were so sweeping as to be called the “marginalist revolution.” COOTER, Robert D. “Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law”. *Notre Dame Law Review*, v. 64, n. 5, p. 818, 1989.

¹¹³³ “In the context of contract law, it is impossible to draw a clear-cut distinction between productive and redistributive information: in most cases, it is both. Recall their earlier example: they argue that information on the discovery of a shipping route from Europe to China is productive. But this information can also be redistributive. Imagine a contractual relation between a Chinese exporter and a European importer. Assume now that the Chinese importer knows of a new route; this information could reduce his transportation costs substantially. If his European partner learns of this information, he will not purchase the goods unless the Chinese firm agrees to lower the price. But if the Chinese party conceals this information from the European buyer, he can charge the same price and make a higher profit. Thus, the information on the new route redistributes wealth in the form of contract price from the European firm to the Chinese firm.” ZHOU, Qi. *Contractual Mistake and Misrepresentation*. In: DE GEEST, Gerrit (ed.). *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2011. p. 135.

689. Logo, uma parte que assume mais (ou menos) riscos geralmente terá como contrapartida um aumento (ou redução) do preço acordado.¹¹³⁴ Essa realidade pode ser bem observada, por exemplo, nos contratos de compra e venda de ações. A formação do preço de mercado de ações de uma companhia pode levar em conta diversos fatores, como a receita, dívidas, perspectivas de crescimento e sinergias, por exemplo – todos para mensurar, no fim, a expectativa de riscos e retorno do comprador pelo investimento feito.¹¹³⁵

690. Entretanto, durante as negociações para a venda dessas ações, as partes podem adotar um sem-número de estruturas distintas de venda que podem afetar o preço final de compra das ações. Por exemplo, se as partes acordarem no que se regularmente chama de compra de “*porteira fechada*” – em que a compradora adquire as ações da companhia sem a realização de *due diligence*, ou sem que a vendedora assuma qualquer responsabilidade por eventuais danos sofridos pela compradora¹¹³⁶ –, a compradora certamente pagará um preço menor de compra do que pagaria se transferisse parte dos riscos decorrentes da operação à vendedora.¹¹³⁷

691. As fontes internacionais dos contratos comerciais transfronteiriços incentivam essa análise multidisciplinar do contrato. A CISG e os Princípios do UNIDROIT, por exemplo,

¹¹³⁴ “If the cost of a possible eventuality is to be borne by the contractor, then the price submitted to do the work should include an element for this contingency. This ought to be spread across a series of contracts, because the item at risk will not occur on them all. (If it will occur on all of them, then it is not a risk but a certainty.) Alternatively, it may be decided that the cost of the eventuality should be borne by the client. In that case, the offered price should be correspondingly lower but the final price will be increased if the eventuality comes to pass. Any extra risk to be carried by the contractor should therefore be reflected in the price charged for the work. This discussion leads to an inevitable conclusion, a basic principle to be observed in the letting of all construction contracts: wherever risk is transferred from the contractor to the owner, this should be reflected in the price for the work, to balance the risk assumed by the owner.” HUGHES, Will et al. *Construction Contracts Law and Management*. 5th ed. Londres: Routledge, 2015, p. 10.

¹¹³⁵ “The Capital Assets Pricing Model (CAPM), first developed by financial economists in the mid-twentieth century, posits return and risk as the two key components for investors in valuing capital assets, which can also be applied to companies in an acquisition setting.” THOMPSON, Robert B. *Mergers and Acquisitions: Law and Finance*. Op. Cit. p. 381.

¹¹³⁶ “Um dos aspectos mais relevantes do contrato em análise é a parte que trata da responsabilidade remanescente do vendedor, ou seja, até que ponto o vendedor permanece responsável pela empresa que está vendendo. Via de regra, existem dois modelos: o que define que a responsabilidade é total (full liability) e o que prevê a exclusão total da responsabilidade, o que se chama de venda ‘de porteira fechada’.” SILVA NETO, Antonio Carlos. “O Contrato de Compra e Venda de Quotas e a Escrow Account”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 3, n. 4, p. 193, 2017.

¹¹³⁷ “Companies that either are more risk averse or have a portfolio gap may still be willing to undertake such deals. They accept a lower return in exchange for the reduced risk that the relatively straightforward deal offers. Of course, the price of a deal is likely to take this into account, so the returns may be no easier to achieve.” CULLINAN, Geoff; HOLLAND, Tom. *Strategic Due Diligence*. Nova York: Bloomberg, 2002. p. 43-44.

adotam um critério subjetivista de interpretação,¹¹³⁸ demandando do hermeneuta que leve em conta todos os fatores de alocação de riscos em seu esforço interpretativo.

692. Vejamos o exemplo do artigo 8(3) da CISG, que exige do operador do direito que leve em consideração todos os aspectos relevantes das negociações havidas pelas partes em seu esforço interpretativo e integrativo do contrato.¹¹³⁹ Isso inclui, também, que se considere não só o conteúdo jurídico dessas negociações, mas, também, os fatores econômicos que levaram as partes a estipular aqueles dispositivos específicos no contrato.¹¹⁴⁰

693. Os Princípios do UNIDROIT seguem linha análoga. O artigo 4.3. dos Princípios autorizam o operador do direito a levar em conta todos os elementos relevantes para a avença em sua interpretação.¹¹⁴¹ Isso inclui também os elementos econômicos do negócio, como o preço acordado pelas partes, por exemplo.¹¹⁴²

694. Assim, ao aplicar o método ora proposto, o intérprete, ao integrar o contrato à todas as fontes (domésticas e internacionais, estatais e não-estatais) e interpretá-lo de modo a dar

¹¹³⁸ “The difference between objective and subjective elements lies primarily in the kinds of inferences that an interpreter draws from the contract’s text and contextual facts. Both theories take into account, for example, the circumstances surrounding the making of the contract in question. Subjectivism draws inferences, from all of the circumstances, past and present, and any other relevant evidence, to what the parties had in mind when speaking or hearing, writing, or reading the contract’s language.” BURTON, Steven. *Elements of Contract Interpretation*. Op. Cit., p. 51.

¹¹³⁹ “Article 8(3) assists the courts in determining the intent of the party by listing matters to which the courts must direct their attention, such as ‘the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages, and any subsequent conduct of the parties.’ Importantly, Article 8(3) not only specifies some circumstances but also invites the court to give consideration ‘to all relevant circumstances.’” ZELLER, Bruno. Determining the Contractual Intent of Parties under the CISG and Common Law - A Comparative Analysis. *European Journal of Law Reform*, v. 4, n. 4, p. 629-643, 2002. p. 629.

¹¹⁴⁰ “In the interpretation of the parties’ agreements relevant factors include, inter alia, the denomination and entire content of the contract, the structure of the price, and the weight given by the parties to the different obligations under the contract.” CISG Advisory Council Opinion n° 4. Rapporteur: Professor María del Pilar Perales Viscasillas (2003), §8.

¹¹⁴¹ “Terms and expressions used by one or both parties are clearly not intended to operate in isolation but have to be seen as an integral part of their general context. Consequently they should be interpreted in the light of the whole contract or statement in which they appear.” Cf. UNIDROIT. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹⁴² “The contractual price or other terms of the contract may also offer clues as to the nature of an obligation. An unusually high price or another particular non-monetary reciprocal obligation may indicate a duty to achieve a specific result in cases where a mere duty of best efforts would normally be assumed. Clauses linking payment of the price to the successful outcome of the operation, penalty clauses applicable if the result is not achieved and hardship clauses enabling a party to adapt the contract if circumstances make it too harsh to perform as initially agreed are other examples of contractual terms which may - in one way or another - assist in determining the nature of the obligation in question.” Cf. UNIDROIT. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

preferência à sua internacionalidade, fomentará a proteção à alocação de riscos feita pelas partes. Um exemplo claro de como esse mecanismo funciona é quanto à possibilidade de estipulação de uma cláusula penal.

695. No curso das negociações para a celebração do contrato, as partes podem decidir estipular uma cláusula penal.¹¹⁴³ Estas cláusulas são bastante usadas na seara contratual como instrumento de incentivo ao adimplemento.¹¹⁴⁴ Na doutrina do direito dos contratos internacionais, essas disposições podem ser consideradas como cláusulas de pré-liquidação de danos – ou seja, que buscam pré-fixar uma indenização em caso de inadimplemento – ou cláusulas puramente punitivas, cujo único objetivo é sancionar a parte inadimplente, criando um incentivo ao adimplemento.¹¹⁴⁵

¹¹⁴³ “A cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou em declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel e exato cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e mem punição do devedor inadimplente.” LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 6-7.

¹¹⁴⁴ “*Les clauses pénales sont extrêmement fréquentes dans le contrats internationaux.*” FONTAINE, Marcel; LY, Filip de. *Droit des Contrats Internationaux: Analyse et Rédaction de Clauses*. 2ème ed. Paris: Bruylant, 2003. p 331.

¹¹⁴⁵ “A cláusula penal pode ter duas finalidades: (a) indenizar – estabelecendo, prévia e substitutivamente, o valor das perdas e danos para o caso de inadimplemento culposos da prestação – ou (b) coagir ao cumprimento, mediante um ‘estímulo’, ‘pressão’ ou ‘ameaça’ ao devedor.” MARTINS-COSTA, Judith. “Do Inadimplemento das Obrigações”. In: TEIXEIRA, Sálvio (coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. V. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 611. A doutrina comparada segue a mesma linha: “Pois bem, apesar disso, apesar dessa plurifuncionalidade ou multifuncionalidade da cláusula penal, há duas funções que ela stá especialmente apta a desempenhar: a função indenizatória e a função compulsória. Via de regra, quando se estipula uma cláusula penal, visa-se fixar antecipadamente o montante da indenização e aí está a função indenizatória, com vantagens evidentes, porque se A e B, por ex., acordam previamente que, em caso de não cumprimento, a consequência será uma das partes entregar à outra um milhão de reais, o devedor sabe antecipadamente quanto lhe custa o incumprimento, e o credor sabe o que pode exigir. Ora, esse saber antecipado com o que se pode ontar é fundamental na vida dos negócios, na economia de um país e em geral; isso tem que ver com a certeza do direito, que é um dos aspectos importantes a considerar; evitam-se indagações posteriores, evitam-se delongas, complexidades, demoras, atrasos e incertezas nunca se sabe como é que o juiz procederá relativamente ao cálculo da indenização, ao cálculo do dano, e assim já se sabe, antecipadamente, quanto é essa indenização. Isto, repito, quanto à função indenizatória da cláusula penal, na medida em que ela constitui uma indenização predeterminada, convencionalmente predeterminada. Mas há uma outra função que a cláusula penal está especialmente apta a desempenhar, e que é a função compulsória, ou coercitiva, isto é, a cláusula penal é ou pode constituir um instrumento importante de coerção, de pressão, de ameaça sobre o devedor: se não cumpre, incorre nessa sanção é uma sanção convencional, estipulada pelas partes. E é esta sanção, aliás, que está mais de acordo com a índole da figura, desde a *stipulatio poenae* do direito romano, a estipulação da pena. Savigny chegou a dizer que a cláusula penal, no direito romano, era uma pena em ponto pequeno, embora fundada no acordo das partes, era um instituto criminal em ponto pequeno. A poena era devida independentemente de culpa, não era permitida a redução, etc. Todavia, enfim, por circunstâncias várias ao longo da História, que não vale a pena agora estar aqui a recordar, a cláusula penal foi acentuando cada vez mais a componente indenizatória. Mas dizia-vos eu que estas duas funções – a função indenizatória por um lado, e a função compulsória, por outro

696. A possibilidade de estipulação de cláusulas penais puramente punitivas é bastante aceita como válida pela doutrina que comenta a CISG.¹¹⁴⁶ Os Princípios do UNIDROIT também as autorizam em seu artigo 7.4.13(1).¹¹⁴⁷ Nenhum dos dois instrumentos imputam qualquer limite à função da cláusula – se puramente punitiva, ou se mera liquidação de danos.

697. No direito comparado, há divergências sobre o tema. No Brasil, o artigo 416, parágrafo único, do Código Civil autoriza as partes a estipularem cláusula penal independente da

lado vieram constituir um dos pilares da construção tradicional da figura; tradicionalmente, vingou, em todo lado, a chamada tese da dupla função: a cláusula penal seria um instrumento que desempenharia, simultaneamente, uma função indenizatória e uma função compulsória.” MONTEIRO, Antonio Pinto. “Cláusula penal e comportamento abusivo do credor”. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, p. 168-169, 2004.

¹¹⁴⁶ “1. *The Convention governs the incorporation in the contract and interpretation of clauses providing for the payment of agreed sums for failure to perform the contract (‘agreed sums’)*. 2. *According to the principle of freedom of contract laid down in Article 6 CISG the parties may derogate from Articles 74 – 79 CISG by including such clauses.*” O rapporteur, Dr. Pascal Hachem, afirma, ainda, que “*Rule 2 of this opinion acknowledges the frequency of agreed sums in commerce and reemphasises the freedom of the parties to include such clauses into their contract. Courts and arbitral tribunals have based this principle either on Article 6[17] or on Article 45(2) .[18] Since penalty and liquidated damages clauses are inseparably intertwined with the law of damages, such clauses affect Articles 74 – 77, 79, 80 of the Convention.*” CISG Advisory Council Opinion n° 10. Rapporteur: Professor Dr. Pascal Hachem (2012). Nesta mesma linha, cf., ainda, HACHEM, Pascal. *Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation*. The Hague: Eleven, 2011, p. 155 *et seq*; ZELLER, Bruno. Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG? *Pace International Law Review*, v. 23, n. 1, p. 1-14, 2011. p. 13; ZELLER, Bruno. Penalty Clauses – What has Changed? *Pace International Law Review*. V. 30, n. 1 (2017), p. 170; ZELLER, Bruno. When Is a Fixed Sum Not a Fixed Sum but a Penalty Clause. *Journal of Law and Commerce*. V. 30, n. 2 (2012), p. 184; MOHS, Florian e ZELLER, Bruno. Penalty and Liquidated Damages Clauses in CISG Contracts Revisited. *Mealy’s International Arbitration Report*. V. 21, n. 6 (2006) p. 2.; e ICC Case n°. 8247, decisão de junho de 2006, onde o tribunal entendeu que: “*In his request for Arbitration Claimant states that the conduct of Respondent has caused to him important damages; in addition to claiming the balance of the price due Claimant requests that Respondent be ordered to pay part of the penalty (established by item 7 of the Contract in the sum equal to 0,5 % of the contract value for each day of del2 in the amount of D.M [...] Consistently with the conclusion outlined in the preceding para. 5 and in view also of the provisions laid down by the Convention in its Art. 53 (confirming the obligation by the purchaser to pay the price for the goods under the conditions provided by the contract and in other relevant Articles concerning the default by the purchaser, the Arbitrator deems that the subject request should be granted.*” Em sentido oposto, cf. GRAVES, Jack. Penalty Clauses and the CISG. *Journal of Law and Commerce*. V. 30, n. 2 (2012), p. 172, onde se lê: “[A] *a single uniform approach across divergent legal systems today remains elusive, and any effort to bridge this divide by reference to the CISG is quite simply ‘a bridge too far’.*”

¹¹⁴⁷ Art. 7.4.13(1). Where contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm. Os comentários dos Princípios afirmam, ainda, que “*This Article gives an intentionally broad definition of agreements to pay a specified sum in case of non-performance, whether such agreements be intended to facilitate the recovery of damages (liquidated damages according to the common law) or to operate as a deterrent against non-performance (penalty clauses proper), or both.*” Cf. UNIDROIT. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

ocorrência de danos.¹¹⁴⁸ Trata-se, portanto, de autorização expressa para estipulação de cláusula penal cuja única função é sancionar o inadimplemento.¹¹⁴⁹

698. O direito alemão também autoriza as cláusulas penas punitivas. As seções 339¹¹⁵⁰ e 340(2)¹¹⁵¹ e 341(1)¹¹⁵² do BGB também autorizam as partes a fixarem cláusulas penais puramente punitivas.¹¹⁵³ Regra similar à brasileira e à alemã está presente também nos artigos 1.152¹¹⁵⁴ e 1.153¹¹⁵⁵ do Código Civil espanhol.¹¹⁵⁶

¹¹⁴⁸ Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

¹¹⁴⁹ “Devemos, entretanto, assinalar que a cláusula penal serve de reforço à obrigação. E isto significa apenas que a estipulação da cláusula e a ameaça de sanção levam o devedor à conclusão da inconveniência da violação da obrigação e a adimpli-la a fim de evitar a pena.” MATTIA, Fabio. Cláusula Penal Pura e Cláusula Penal Não Pura. *Revista dos Tribunais*, v. 56, n. 383, 1967. p. 39.

¹¹⁵⁰ §339 “Where the obligor promises the obligee, in the event that he fails to perform his obligation or fails to do so properly, payment of an amount of money as a penalty, the penalty is payable if he is in default. If the performance owed consists in forbearance, the penalty is payable on breach.”.

¹¹⁵¹ §341(1) “If the obligee is entitled to a claim to damages for nonperformance, he may demand the penalty payable as the minimum amount of the damage. Assertion of additional damage is not excluded.” (tradução disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹⁵² §341(1) “If the obligor has promised the penalty in the event that he fails to perform his obligation properly, including without limitation performance at the specified time, the obligee may demand the payable penalty in addition to performance”. (tradução disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹⁵³ “La cláusula penal representa (pena convencional) una promesa de prestación condicionalmente aplazada. Se dirige normalmente al pago de una suma de dinero, aunque puede prometerse también otra prestación (§342). Es condición, que el promitente no cumpla una obligación o no lo haga en la forma pertinente (§331, 1).” MEDICUS, Dieter. *Tratado de las Relaciones Obligatorias*. V. 1. Barcelona: Bosch, 1995, p. 211. Neste mesmo sentido, cf.: “Llamase pena convencional a una prestación, generalmente de carácter pecuniário, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no lo cumpla del modo pertinente”. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1933. v. 1, p. 185.

¹¹⁵⁴ Art. 1.152 En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.

¹¹⁵⁵ Art. 1.153 El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.

¹¹⁵⁶ “En su sentido más estricto, también llamada pena convencional), tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal y puede así ser definida como aquella obligación accesoría que las partes agregan a una obligación principal, al objeto de asegurar el cumplimiento de ésta, imponiendo a cargo del deudor una prestación especial (consistente, por lo general, en pagar una suma de dinero) para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla de modo adecuado.” TOBEÑAS, José Castan. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II. 10ª ed. Madrid: Reus, 1967, p. 137. Neste mesmo sentido, cf.: “Se denomina ‘pena convencional’ a la prestación, generalmente consistente en el pago de una suma de dinero, que el obligado se compromete a satisfacer al que tiene derecho de exigirle el cumplimiento, o a una tercera persona, en el supuesto de que incumpla o cumpla defectuosamente su obligación.” DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistemas de Derecho Civil*. V. II. 4ª ed. Madrid : Tecnos, 1986, p. 229-230.

699. Na França, os antigos artigos 1.226,¹¹⁵⁷ 1.229¹¹⁵⁸ 1.152¹¹⁵⁹ do *Code Napoléon* autorizavam as cláusulas penais punitivas e compensatórias.¹¹⁶⁰ A reforma de 2016 excluiu o artigo 1.226 e inseriu o artigo 1231-5,¹¹⁶¹ que não autoriza a cláusula puramente punitiva.¹¹⁶²

700. Outros países que possuem aversão às cláusulas penais punitivas são aqueles oriundos da *common law*. Na Inglaterra, por exemplo, a jurisprudência¹¹⁶³ afasta completamente sua

¹¹⁵⁷ Art. 1.226 La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

¹¹⁵⁸ Art. 1.229 La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

¹¹⁵⁹ Art. 1.152 Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

¹¹⁶⁰ “Cela permet de prévoir une sanction simple en cas d'inexécution : il n'y aura pas besoin d'attendre une évaluation du préjudice par le juge.” DIONISI-PEYRUSSE, Amélie. *Droit Civil – Les Obligations*. V. 2. Paris : CNFPPT, 2008, p. 103.

¹¹⁶¹ Art. 1231-5 Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

¹¹⁶² “Enfin les articles relatifs à la clause pénale (art. 1226 à 1233 anciens) et celui relatif aux clauses fixant forfaitairement les dommages-intérêts (art. 1152 ancien) sont fondus dans un article unique : l'article 1231-5. La clause pénale qui par définition doit garantir l'exécution de l'obligation - en général par la fixation d'un forfait élevé de dommages-intérêts - est dissoute dans les clauses fixant le montant des dommages-intérêts.” SCHÜTZ, Rose-Noëlle. *Le Nouveau Droit Français des Contrats*. In: BAAKLINI, Céline et al. (org.). *Recueil de Travaux Juridiques : Le Nouveau Droit Français des Contrats*. Jounieh : PUSEK, 2017 p. 90. Essa nova regra segue a posição histórica da doutrina e da jurisprudência francesa. Cf., e.g., Cour de cassation, Chambre civile, decisão de 14 de fevereiro de 1966, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006952890>. Acesso em: 16 abr. 2023. 14 abr. 2023, onde a *Cour de Cassation* afirma que “Mais attendu qu'aux termes des articles 1134 et 1152 du X... Napoléon, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et que, lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre”. Nesta mesma linha, cf. : “La clause pénale est celle par laquelle les parties fixent à un chiffre déterminé les dommages-intérêts qui seront dus par le débiteur en cas d'inexécution.” VOIRIN, Pierre; GOUBEUX, Gilles. *Droit Civil*. V. I. 27^a ed. Paris : LGDJ, 1999, p. 472. Nesta mesma linha, cf. COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours Elementaire de Droit Civil Français*. V. II. Paris : Dalloz, 1915, p. 24., onde se lê : “Il arrive fréquemment que les parties fixent à l'avance dans le contrat la somme qui sera due par le débiteur, pour le cas où il n'exécuterait pas son obligation, ou pour le cas où il y aurait retard dans l'exécution. On dit qu'il y a clause pénale.”

¹¹⁶³ Cf., e.g., *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi* [2015] UKSC 67 ; *ParkingEye Ltd & Cavendish Square Holdings BV* [2015] UKSC 67, onde a Suprema Corte da Inglaterra explica a origem histórica da regra: “It developed, however, on wholly different lines. The equitable jurisdiction to relieve from penalties had been closely associated with the jurisdiction to relieve from forfeitures which developed at the same time. Both were directed to contractual provisions which on their face created primary obligations, but which during the 17th and 18th centuries the courts of equity treated as secondary obligations on the ground that the real intention was that they should stand as a mere security for performance. The court then intervened to grant relief from the rigours of the secondary obligation in order to secure performance in another, less penal or (in modern language) more proportionate, way. In contrast, the penalty rule as it was developed by the common law courts in the course of the 19th and 20th centuries proceeded on the basis that although penalties were secondary obligations, the parties meant what they said. They intended the provision to be applied according to the letter with a view to penalising breach. The law relieved the contract-breaker of the consequences not because the objective could be secured in another way but because the objective was contrary to public policy and should not therefore be given effect at all.” Nesses mesmos casos, a corte afasta a exequibilidade das cláusulas penas puramente punitivas, ao asseverar que: “We rather doubt that the courts would have invented the rule today if their predecessors had not done so three centuries ago. But this is not the way in which English law develops, and we do not consider that judicial abolition would be a proper course for this court to take.”

exequibilidade.¹¹⁶⁴ Nos Estados Unidos, o resultado é o mesmo: o UCC,¹¹⁶⁵ o *Restatement Second on the Law of Contracts*,¹¹⁶⁶ e os precedentes das cortes estadunidenses¹¹⁶⁷ afastam a possibilidade de celebração de uma cláusula penal puramente punitiva.¹¹⁶⁸

701. Nesse cenário, como deve o operador do direito – confrontado com uma alegação de invalidade ou ineficácia de uma cláusula penal – decidir a questão? Se um dos fins da interpretação deve ser buscar o resultado mais seguro e eficiente para as partes, deve o operador examinar a integralidade dos fatores que levaram as partes a estipular aquele dispositivo.

702. Se, por exemplo, a cláusula foi avençada em contrapartida a uma redução de preço ou a uma outra condição jurídica, por exemplo, afastá-la modularia a alocação de risco feita pelas partes.¹¹⁶⁹ Neste caso, pode o intérprete manter a higidez da cláusula, fundado nos preceitos das fontes internacionais do direito dos contratos comerciais internacionais, que autorizam a

¹¹⁶⁴ “In England, a payment clause is enforceable when it functions as a liquidated damages clause but disregarded where it is held to be a penalty clause. The former represents a genuine pre-estimate of damages, whether actual (or recoverable) loss amounts to more or less the sum stipulated; the latter is stipulated as in terrorem of the offending party. This prohibition of the penalty clause accords with the English conception of damages. Since the purpose of an award of damages is to compensate the claimant, it follows that it would be illegitimate to allow a clause in contract that stipulated for a sum which is in excess of the actual loss of the obligee.” MILLER, Lucinda. “Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study”. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 1, p. 80, 2008.

¹¹⁶⁵ § 2-718. (1) Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or nonfeasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty.

¹¹⁶⁶ § 356(1) Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.

¹¹⁶⁷ Cf., e.g., *XCO Int'l, Inc. v. Pac. Scientific Co.*, 369 F.3d 998, 1001–02 (7th Cir. 2004), onde a corte decidiu que: “Yet it is a rule of the common law of contracts, in Illinois as elsewhere, that unless the parties' *ex ante* estimate of damages is reasonable, their liquidated damages provision is unenforceable, as constituting a penalty intended to “force” performance.” Neste mesmo sentido, cf. GOETZ, Charles; SCOTT, Robert E. *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*. *Columbia Law Review*, v. 77, p. 554-594, 1977.

¹¹⁶⁸ “The traditional justification for post-breach inquiry is prevention of ‘unjust’ punishment to the breacher, i.e. compensation exceeding the harm actually caused.” GOETZ, Charles; SCOTT, Robert E. “Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach”. *Op. Cit.*, p. 560.

¹¹⁶⁹ “Arguably, the risk allocation between contracting parties, which is in “balance” at the formation of the contract, is disturbed once a contract containing a penalty clause is breached.” ZELLER, Bruno. *Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?* *Pace International Law Review*, v. 23, n. 1, p. 1-14, 2011. p. 4.

celebração de cláusulas penais puramente punitivas. Ao fazê-lo, protegerá, com efeito, a alocação de riscos acordada pelas partes, preservando a eficiência do contrato.¹¹⁷⁰

703. Não se pode olvidar, contudo, da relevância de eventuais *overriding mandatory provisions* ou da ordem pública no exemplo dado acima. Se, porventura, o(s) direito(s) doméstico(s) aplicável(is) ao caso determinar(em) que estes dispositivos sancionadores violam alguma desses limites à interpretação internacionalista, deve o operador do direito observá-las em seu esforço interpretativo.

704. Note-se, aqui, que o que importa para se determinar se uma regra limitadora se aplica é sua conexão com a situação de fato. Por exemplo: se o intérprete – localizado no foro espanhol – examina um contrato entre uma parte brasileira e uma parte alemã, não há motivos para afastar a cláusula penal. Afinal, como vimos, todos esses ordenamentos aceitam o caráter punitivo desse dispositivo.

705. Agora, se o intérprete chega à conclusão de que a sua decisão precisará produzir efeitos nos Estados Unidos, por exemplo – onde as cláusulas punitivas são amplamente rejeitadas –, deve ele observar se há risco de sua decisão se tornar inexecutível no país caso aceite a aplicação da cláusula penal. Se for o caso, deverá, então, afastar sua aplicação (ou pelo menos modulá-la, como autorizado, por exemplo, pelos Princípios do UNIDROIT).¹¹⁷¹

706. Essa solução também preserva a segurança e a eficiência do contrato. No caso em que a aplicação de um determinado dispositivo contratual pode gerar a inexecutibilidade do contrato

¹¹⁷⁰ “*The work has a normative implication for existing penalty regulation. It shows that penalty clauses can be efficient under specific conditions, depending on the nature of investment in performance or whether valuations are observable to the parties or verifiable to a court. For their part, even contributions arguing that penalties can be inefficient specify specific conditions, such as cognitive bias or market power, in which penalties result in inefficient investment, trade or breach. Some of the conditions specified require courts to obtain information often unavailable to them, such as valuations among contracting parties or the character of investment. Nonetheless, all of the work evaluates the efficiency of penalties by isolating particular variables. A fair implication of the work as a whole is that rules regulating stipulated damages, if any, should take these variables into account. Penalty doctrine does not do so. Instead, it applies generally, without regard to the variables identified in the literature. It is therefore insensitive to the character of investment, the verifiability of valuations among parties, or market structure.*” WALT, Steven. “Penalty clauses and liquidated damage”. In: DE GEEST, Gerrit (ed.). *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2011, p. 178-206.

¹¹⁷¹ Art. 7.4.13(2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

(ou da decisão que sobre ele se repousa), afastar a eficácia ou validade dessa cláusula pode ser o melhor resultado.¹¹⁷²

707. Primeiro, pois preserva a razoável expectativa das partes de que um dano será ressarcido sem que gere o risco do chamado *overcompensation*. Segundo, pois preserva a utilidade que ambas as partes buscavam daquela avença – a parte inadimplida será ressarcida, e a parte inadimplente não correrá o risco de ser objeto de condenação acima do razoável.

708. Trata-se de um exemplo de como a hermenêutica internacionalista ora proposta consegue, ao mesmo tempo, reconhecer o intrínseco caráter internacional do contrato e atingir as expectativas jurídicas e econômicas das partes. Observar, portanto, a integralidade dos fatores de alocação dos riscos do contrato acordado pelas partes é tarefa essencial do operador do direito quando do exercício do esforço hermenêutico para a integração e interpretação dos contratos comerciais internacionais.

4.3.2. PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

709. Um segundo efeito relevante decorrente do uso da metodologia proposta é proteção contra eventual comportamento oportunista. Para compreender esse efeito, é importante entender, primeiro, como a teoria dos jogos vislumbra as relações comerciais e contratuais.

710. Como já visto, os contratos comerciais são ótimos instrumentos de exame da aplicação da teoria dos jogos aplicada ao direito contemporâneo.¹¹⁷³ A teoria dos jogos examina como os

¹¹⁷² Em sentido contrário, cf. COHEN, George. Implied Terms and Interpretation in Contract Law. In: BOUKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (ed.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2000. v. 3. p. 84, onde se lê: “When economists refer to mandatory terms, they usually mean the first sense, that is the court rejecting a term the parties specified. An example would be a liquidated damage clause deemed to be a penalty, or a term deemed to be unconscionable. The usual critique of mandatory terms is that because they disregard the intentions of the parties, the parties who prefer these terms will be made worse off.”

¹¹⁷³ “Although the literature on bargaining is a burgeoning one, and while there is substantial controversy regarding the direction of its future development, there are no good alternatives to game theory if one wishes to investigate strategic incentives using the paradigm of rational choice” KATZ, Avery. “The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation”. *Michigan Law Review*, v. 89, p.243, 1990.

participantes de uma relação se comportam, e quais estratégias (ou jogos) eles adotam para buscar maximizar sua posição.¹¹⁷⁴

711. A partir dessas estratégias, economistas buscam examinar como a lei afeta o comportamento das partes,¹¹⁷⁵ sempre em busca de resultados busquem o Equilíbrio de Nash.¹¹⁷⁶ Nesta toada, um dos conceitos mais relevantes aplicáveis à teoria dos jogos na seara contratual é o do risco moral (oriundo da expressão inglesa *moral hazard*).¹¹⁷⁷

712. O risco moral surge, em geral, em um jogo de assimetria de informação¹¹⁷⁸ em que a parte que assume o risco sabe mais sobre os riscos inerentes à transação do que a parte que, ao

¹¹⁷⁴ “*Game theory sounds like fun—visions of the gamut from Candyland to Monopoly spring to mind. A definition might be useful; as a rough cut, try: game theory is a set of tools and a language for describing and predicting strategic behavior. I will discuss in a bit what these tools are and how to apply them, but I want to focus first on the core concept in the definition, strategic behavior. Strategic settings are situations in which one person would like to take into account how a second person will behave in making a decision, and the second person would like to do likewise. Strategic settings typically involve two or more decisionmakers, and the possibility of linking one decision to a second decision, and vice versa.*” PICKER, Randal. *An Introduction to Game Theory and the Law. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 22, 1994. p. 3. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1049&context=law_and_economics. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹⁷⁵ “*Most notable in this regard is the discussion of how legal rules can ‘matter’ in a strategic environment. The authors adeptly illustrate that within complete-information games, legal rules can change behavior by altering either the payoffs to the parties or the permissible moves that the parties might make.*” TALLEY, Eric. “*Interdisciplinary Gap Filling: Game Theory and the Law*”. *Law & Social Inquiry*, v. 22, n. 4, p. 1061, 1997.

¹¹⁷⁶ “*In the theory of noncooperative games, a Nash equilibrium is reached if each player maximizes her objective function under the full knowledge of the strategies of the other players. In such an equilibrium, a higher level of mutual rest is reached in that no player may benefit by changing her strategy if no other player does so.*” SCANDIZZO, Pasquale. *Equilibrium theory*. In: MARCIANO, Alain; RAMELLO, Giovanni (ed.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Nova York: Springer, 2014. p. 1-10.

¹¹⁷⁷ “*O segundo tipo de problema decorrente da assimetria de informação, conhecido como risco moral, 31 aplica-se ao comportamento pós-contratual da parte que possui uma informação privada e pode dela tirar proveito em prejuízo à(s) sua(s) contraparte(s). Dois tipos de risco moral podem ser distinguidos: a) informação oculta — em que uma informação relevante é adquirida e mantida por uma das partes; e b) ação oculta — em que a ação especificada contratualmente não é observada diretamente pela contraparte.*” SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim. “*Economia dos Contratos*”. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. São Paulo: Campus, 2005. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5752529/mod_resource/content/1/Atividade%20%23%20%20-%20Texto.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹⁷⁸ “*By ‘asymmetric information’ I mean a situation in which one party knows more than the other party about some material aspect of a potential transaction and both parties know that the other party has superior information to the other.*” ULEN, Thomas. “*Information in the Market Economy – Cognitive Errors and Legal Correctives*”. In: GRUNDMANN, Stefan *et al.* *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*. Berlin: De Gruyter, 2001, p. 102-103.

fim, arcará com as consequências do evento danoso.¹¹⁷⁹ Nesses casos, cria-se um incentivo para que esta parte assuma mais riscos, vez que não será ela quem arcará com as consequências.¹¹⁸⁰

713. Por isso, economistas argumentam que, por um lado, a lei (e o contrato, por consequência) deve criar incentivos para que a parte com maior informação assuma os riscos da avença.¹¹⁸¹ Por outro lado, deve a lei (e o contrato) fomentar a cooperação, criando desincentivos para comportamentos oportunistas.¹¹⁸²

714. No jargão econômico, o oportunismo é geralmente definido como um jogo não-cooperativo,¹¹⁸³ fundado em estratégias tomadas por um agente econômico para maximizar seu

¹¹⁷⁹ “Inicialmente desenvolvido na análise da relação contratual – tal como o conceito que lhe é contraposto – o ‘risco moral’ é hoje aceite como um problema universal, detectável nas mais diversas situações e nos mais remotos recantos das relações econômicas e jurídicas. O seu domínio de eleição é, todavia, o da ‘relação de agência’, denotando nesse caso o uso estratégico de informação privativa por parte de um agente, na medida em que os objetivos visados com o contrato dependam crucialmente da conduta desse agente e ele possa manipular as condições em que cumpre os seus deveres contratuais, mais especificamente o seu grau de esforço e a sua fidelidade ao programa de acção a que se declarou adstrito, privando a contraparte, o principal, da informação que propiciaria a este a detecção e a avaliação desse desvio dos fins contratuais.” ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 287.

¹¹⁸⁰ “For instance, if personal items left in your car are completely insured against theft, you might be more likely to leave your camera on the back seat rather than to go to the trouble of putting it in the trunk of the car. This example illustrates a general problem: the provision of insurance tends to increase the probability of a loss of the size of the loss because the insured person has less of an incentive to take precautions.” POLINSKY, A. Mitchel. *Introduction to Law and Economics*. 4ª ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2011, p. 60

¹¹⁸¹ “From the standpoint of economics-and disregarding, tarily, administrative costs-discharge should be allowe isee is the superior risk bearer; if the promisor is the s nonperformance should be treated as a breach of contr bearer" is to be understood here as the party that is the m of the particular risk in question, in the particular cir transaction. Of course, if the parties have expressly assign of them, there is no occasion to inquire which is the super inquiry is merely an aid to.” POSNER, Richard; ROSENFELD, Andrew. “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis”. *Op. Cit.*, p. 90

¹¹⁸² “Because of the moral hazard, complete reliance on economic incentives does not lead to an optimal allocation of resources in general. In most societies alternative relationships are built up which to some extent serve to permit cooperation and risk sharing. The principal-agent relation is very pervasive in all economies and especially in modern ones; by definition the agent has been selected for his specialized knowledge, and therefore the principal can never hope completely to check the agent's performance. You cannot therefore easily take out insurance against the failure of the agent to perform well. One of the characteristics of a successful economic system is that the relations of trust and confidence between principal and agent are sufficiently strong so that the agent will not cheat even though it may be "rational economic behavior" to do so. The lack of such confidence has certainly been adduced by many writers as one cause of economic backwardness.” ARROW, Kenneth. “Moral Hazard: A Further Comment”. *American Economic Review*, v. 58, p. 537-539, 1968.

¹¹⁸³ “In fact, non-cooperative game theory can be defined as a theory of gaems with complete rules. The latter enables an analysis of individual decisions by the players and does not have to rely on commitment devices.” RITZBERGER, Klaus. *Foundations of Non-cooperative Game Theory*. Nova York: Oxford University Press, 2002. p. 7.

próprio benefício, em detrimento ao benefício de outras partes que acessam o mesmo mercado.¹¹⁸⁴ Desestimular esse comportamento preserva a eficiência do contrato¹¹⁸⁵

715. Segundo o conceito de eficiência de Pareto, o objetivo da lei (e do contrato) deve ser maximizar o bem-estar de ambas as partes, não apenas de uma delas.¹¹⁸⁶ Por isso que o desincentivo a situações de risco moral é aspecto fundamental da proteção da eficiência.¹¹⁸⁷ Se proteger a eficiência é garantir que ambas as partes obtenham a utilidade pretendida da avença, deve-se evitar que o comportamento individualista e oportunista de uma das partes impeça a outra parte de obter a utilidade que pretendia quando o contrato foi assinado.

716. Além disso, criar desincentivos para o comportamento oportunista também garante maior segurança jurídica. Ao ingressar numa relação contratual, a parte não têm, via-de-regra, a expectativa de que sua contraparte adotará comportamento oportunista.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁴ “Another potential obstacle [to efficiency] is strategic behavior; for example, if the neighbor has the right to enjoin the factory, the parties may waste time and resources haggling over the price the factory will pay the owner to install the fan, thereby eating up some of the aggregate profit to be derived from the transaction. At the margin this squabbling may prevent the transaction from going forward.” COTTER, Thomas. “Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement”. *Georgetown Law Journal*, v. 84, n 6, p. 2071-2098, 1996.

¹¹⁸⁵ “Considering the question of which party should bear the sunk costs associated with contract breach, Cohen distinguishes two different traditions of contract law analysis: the ‘least- cost- avoider’ tradition and the opportunism tradition. The former tradition, first elaborated in the context of tort law, suggests assigning the costs to the party that can bear them more cheaply, because its principal goal is preventing negligent behavior. Contrarily, the opportunism tradition places the costs on the party that acts opportunistically, with the purpose of preventing opportunistic behavior. Analyzing this tradeoff, Cohen argues that the ‘least- cost- avoider’ paradigm does not work well in contract law. In contract contexts, the decision not to take precautions to minimize sunk costs in the event of a breach is in most cases intentional and strategic, not negligent. Therefore, at least when it is not possible to achieve both goals contemporaneously (that is, because the least- cost- avoider and the opportunistic party are not the same person), the goal of deterring opportunism should prevail.”, MELATO, Eleonora. “Precontractual Liability”. In: DE GEEST, Gerrit (ed.). *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2011, p. 431-448.

¹¹⁸⁶ “Welfare economics leads naturally to the following theory of contracts: In the absence of a defect in consent, contracts are Pareto efficient, because if both parties did not believe the contract made them better off they would not have made it. The role of contract law, therefore, should be to facilitate making contracts and, in the absence of defects in consent, to enforce contracts as made.” EISENBERG, Melvin. “The Theory of Contracts”. In: BENSON, Peter (ed.) *The Theory of Contract Law: New Essays*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 236.

¹¹⁸⁷ “This is a routine moral hazard problem. The greater the moral hazard, the greater the joint costs of the parties. Even though nondischarge would result in greater costs for Smith and increased benefits for Brown, the net result is that both are worse off.” GOLDBERG, Victor. “Impossibility and Related Excuses”. In: GOLDBERG, Victor P. (ed.) *Readings in the Economics of Contract Law*. Nova York: Cambridge University Press, 1993, p. 222.

¹¹⁸⁸ “Putting the risk on the superior risk bearer, whether the risk is the underlying contingency causing contractual disruption or the risk of an imperfectly drafted contract, is one fault- based approach to questions of interpretation and implied terms. A second fault- based approach focuses not on encouraging efficient contracting, but on deterring opportunistic contractual behavior (though obviously the two overlap).

717. As fontes internacionais do direito dos contratos internacionais desestimulam o comportamento oportunista.¹¹⁸⁹ Em seu preâmbulo, a CISG afirma, por exemplo, que “o

Opportunism can be broadly defined as deliberate contractual conduct by one party contrary to the other party's reasonable expectations based on the parties' agreement, contractual norms, or conventional morality” COHEN, George. “Interpretation and Implied Terms in Contract Law”. In: DE GEEST, Gerrit (ed.). *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2011, p. 139.

¹¹⁸⁹ São diversos os trechos da CISG, por exemplo, que desestimulam o comportamento oportunista. Cf., e.g., GILLETTE, Clayton; WALT, Steven. *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*. 2nd ed. Nova York: Cambridge University Press, 2016. p. 92, 136, 137, 184, 194-195, 203, onde se lê: “*This conclusion seems right. In this case the buyer who failed to give notice of acceptance was attempting to deny the existence of the contract. The buyer should not be able to rely on its own failure to give the seller notice when it used the material delivered (whether or not the delivered material suited its needs). Such a scenario suggests opportunism by a buyer attempting to shift the risk of a third party's breach of contract with it to the seller. Nevertheless, literally understood, Article 18 (3) does not recognize an exception to the requirement of notice of acceptance in the circumstances of the case. The seller's offer did not by its terms waive the requirement, and no relevant practice or usage apparently waived it either. The Court's finding of a waiver of notice, based on the seller's performance, has no support in Article 18(3). Although Article 18(3) might have been better drafted had it made the notice requirement inapplicable when “circumstances so indicate,” the Article does not include such language.*” (p. 92); “*A principle that obligates a party to reduce contracting costs saves the parties the cost of taking these defensive measures. Thus, courts that deny parties the ability opportunistically to reallocate contractual benefits are complying with the preferences of parties. But the explanation that courts are doing so because the opportunistic party fails to act in good faith adds little to the analysis. The transaction cost-reduction principle also applies before the contract is concluded, where the offer and acceptance occur in sequence. And it applies even after breach, where the injured party can take measures after breach to effect its resulting loss. In the formation of the contract, its performance and breach, the obligation to take measures that reduce contracting costs increases the net benefits of the contract. A number of the CISG's provisions exhibit this transaction-cost-reduction principle.*” (p. 136); “*Article 80 therefore does not allow a promisee to benefit from a strategy of “cause the promisor to breach, then obtain a remedy.” So the promisee is unlikely to use the strategy in the first place. This saves the promisor the costs of having to take precautions against the promisee opportunistically preventing its performance.*” (p. 137); “*Even where avoidance for anticipatory repudiation is justified, the promisee must, if time permits, first give notice to the other party. At least that is required if the promisor has not explicitly declared that it will not perform.112 If the promisor responds to a notice of imminent avoidance with adequate assurances of performance, then the promisee must continue with performance.113 These requirements have two positive effects. The obligation to give notice prevents miscommunication where a promisor does not intend to convey a refusal to perform, but the promisee has reasonably interpreted words or conduct of the promisor in a manner that gives it reason to suspect that performance is not forthcoming. Second, the opportunity both to demand and to give adequate assurances of performance helps to foreclose strategic behavior by the parties. A party who is concerned about market movements after the conclusion of the contract may wish to express an unwillingness to perform in order to induce the other party to renegotiate contract terms. The other party may be able to limit the capacity for opportunistic demands for renegotiation by insisting on compliance with contractual terms.*” (p. 184); “*The breaching party faces the risk that the injured party will act opportunistically to receive more than the value of its injury. Sales law rules that allocate responsibility to salvage goods must trade off the risk of under-compensation against the risk of strategic manipulation of damages. Where a breaching seller's cost of retrieving and replacing nonconforming goods is low, the injured buyer has little ability to act opportunistically. The seller will retrieve and replace the goods if the cost of doing so is less than the amount of the buyer's damages. Otherwise, the seller will pay damages. Where the seller's costs of retrieving and replacing nonconforming goods is high, the buyer can credibly demand more than the value of its injury. The seller 147 See U.C.C. § 2-601; cf. Sales of Goods Act 1994 § 15A (United Kingdom). 194 The UN Convention on CISG <https://doi.org/10.1017/CBO9781316570364.006> Published online by Cambridge University Press will meet the buyer's demand if the sum demanded is less than the cost of retrieving and replacing the goods. For this reason, high retrieval costs enable the injured buyer to act opportunistically. The buyer's exploitation of these costs creates bargaining costs, which are wasteful. Thus, one would expect that commercial actors would want the buyer's right to avoid to be limited where the seller's salvage costs are high. By limiting salvage costs in those circumstances, commercial law reduces the possibility that the injured buyer will be able to act strategically by placing salvage costs on*

desenvolvimento do comércio internacional com base na igualdade e em vantagens mútuas constitui elemento importante na promoção de relações de amizade entre os Estados". Ao comentar esse preceito fundamental da Convenção, Fritz Enderlein e Dietrich Maskow afirmam que proteger as vantagens mútuas é elemento central da normativa da Convenção de Viena.¹¹⁹⁰

718. Importante notar, ainda, que esse preceito interpretativo deve servir de norte para a interpretação não só do contrato e da conduta das partes engajadas na execução de suas obrigações, mas também dos mecanismos legais disponíveis na Convenção.¹¹⁹¹ Isso significa dizer que a aplicação prática das normas da Convenção pelas cortes e tribunais deve, sempre, promover as vantagens mútuas que levarão ao desenvolvimento do comércio internacional.¹¹⁹²

719. Mas há dois exemplos no ambiente da Convenção de Viena que ilustram que cortes tendem a não seguir essa bússola interpretativa: a possibilidade de uso do período adicional de

sellers." (p. 194-195); "Hence, the fact that avoidance is available only when a breach is "fundamental" reflects the CISG drafters' implicit judgment that the risk of the aggrieved buyer acting opportunistically is greater than the risk that the aggrieved buyer's inability to avoid the contract will lead to under-compensation." (p. 195); "But we also believe that allowing cure in this situation is likely to prevent buyer opportunism. After all, if the buyer truly does not need the goods until the time of cure, the buyer's desire to resist cure is likely based on its desire to take advantage of market price shifts in its favor between the time of contracting and the time of performance rather than on concerns about the ultimate quality of performance." (p. 203).

¹¹⁹⁰ "Emphasis is placed here on two of the particularly important principles of international trade, "equality" and "mutual benefit", which should also govern the relations between States and the process of shaping the New International Economic Order. They expressly refer to the relations between States. However, it is exactly this part of the preamble which is relevant for commercial relations as well, for equal and mutually beneficial relations between States in this context have to be specified in the respective commercial relations, including sales contracts." EDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International Sales Law*. Nova York: Oceana, 1992. p. 21.

¹¹⁹¹ "The prevailing and correct view under the CISG holds that the Preamble has interpretative value. Conventions drafted after the CISG as well as the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties expressly provide so. The intentions of the drafters of the Convention expressed in the Preamble provide guidance in regard to the often difficult task to interpret the CISG in a manner promoting 'good faith in international trade' (Article 7(1)). An interpretation of the Convention's rules under Article 7(1) must therefore ultimately lead to results which are in conformity with the intentions of their drafters and the spirit of the Convention as laid down and embodied in the Preamble." SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. Preamble. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. 4th ed. Nova York: Oxford University Press, 2015. p. 14.

¹¹⁹² A United States Court of Appeals for the Southern District of New York já reconheceu esses princípios como fundamentais na interpretação e integração das normas da Convenção: "The intent of the contracting parties to the CISG can be discerned from the introductory text, which states that 'the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade.' The CISG further recognizes the importance of 'the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit.'" *Geneva Pharmaceuticals Tech. v. Barr Laboratories*, 201 F. Supp. 2d 236 - Dist. Court, SD New York 2002.

cumprimento da obrigação (conhecido como *Nachfrist*) previsto no artigo 47 da CISG,¹¹⁹³ e o uso da redução de preço prevista no artigo 50 da Convenção¹¹⁹⁴ como estratégia de resolução do contrato sem a ocorrência de violação essencial.

720. O primeiro decorre de regra expressa da Convenção. Os artigos 49(1)(b)¹¹⁹⁵ e 64(1)(b)¹¹⁹⁶ da CISG autorizam a resolução quando a parte inadimplente não cumprir com sua obrigação dentro do período de graça concedido pela parte inadimplida. Logo, se o vendedor descumprir o prazo adicional concedido para cumprimento da obrigação inadimplida, poderá a contraparte resolver o contrato.¹¹⁹⁷

721. Há um enorme risco de que o remédio seja usado para contornar a regra geral da convenção, que estipula que a resolução do contrato é remédio de última instância. Uma parte que busca resolver um contrato pode, por exemplo, conceder um prazo adicional que sabe que a outra parte não cumprirá, somente para resolver o contrato.¹¹⁹⁸ Esse fator pode minar,

¹¹⁹³ Art. 47 (1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações. (2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato

¹¹⁹⁴ Art. 50 Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos, o comprador não poderá reduzir o preço.

¹¹⁹⁵ Art. 49 (1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido: [...] (b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido.

¹¹⁹⁶ Art. 64 (1) O vendedor poderá declarar rescindido o contrato se: [...] (b) o comprador não cumprir a obrigação de pagar o preço, ou não receber as mercadorias no prazo suplementar fixado pelo vendedor, de acordo com o parágrafo (1) do artigo 63, ou, ainda, declarar que não o fará no prazo assim fixado.

¹¹⁹⁷ “It is thus clear that by way of the breach of a *Nachfrist*, the party who wants to avoid the contract is sure that the initial breach -- fundamental or not at that time -- is now fundamental, and therefore entitles that party to avoid the contract.” VISCASILLAS, María del Pilar Perales. *The Nachfrist Remedy*. In: *Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Collation of Papers at UNCITRAL -- SIAC Conference, n° 22-23, 2005, Singapore*, Singapore International Arbitration Centre, p. 89-102. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales6.html>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹¹⁹⁸ “Article 47 gives the buyer the right to grant additional time to the seller for performance. The failure of the seller to perform within this additional period of time permits the buyer to avoid the contract. This request for additional time, known as *nachfrist* notice in German law, is commonly found in the civil law legal systems. The underlying premise behind the concept is that delayed performance does not necessarily translate into a material breach. National courts called upon to interpret the CISG's provisions with respect to breach of contract have concentrated on two issues raised by Article 47. The first issue is what constitutes a reasonable period of time granted by the buyer in order for the seller to complete performance? The time extension must be reasonable in length in order to prevent buyers from avoiding contracts on the basis of inconsequential delays in performance.” DI MATTEO, Larry *et al.* “The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence”. *Op. Cit.*, p. 378.

justamente, um dos princípios mais fundamentais da CISG: evitar o comportamento oportunista na resolução do contrato.¹¹⁹⁹

722. Há um precedente que autoriza este uso. No *Used Printing Press case*,¹²⁰⁰ a *Oberlandesgericht* de Celle, na Alemanha, afirmou que o *Nachfrist* poderia ser usado como argumento para resolver o contrato, mesmo que o prazo concedido tenha sido curto. A norma de resolução do contrato, neste caso, deveria ser considerada de forma objetiva: cumprido os requisitos previstos na Convenção, nasce o direito potestativo de resolver o contrato.¹²⁰¹

723. Nessa mesma toada, o mecanismo de redução de preço previsto no artigo 50 da CISG também pode ser utilizado para permitir a produção dos efeitos da rescisão do contrato pela parte inadimplida, mesmo quando já tenha perdido o direito de fazê-lo.¹²⁰² A regra, disponível apenas em caso de inadimplemento do vendedor (por motivos óbvios), autoriza que a redução seja proporcional ao valor de mercado das mercadorias efetivamente entregues.¹²⁰³

¹¹⁹⁹ “Despite the drafters’ failure to provide clear guidance, the *Nachfrist* provisions of the Convention can and should be interpreted in a manner that does not undermine the fundamental breach standard for avoidance. Under Article 7(2), questions not expressly settled in the Convention must be answered “in conformity with the general principles upon which it is based.” One such principle is that avoidance of the contract is proper only where the other side has committed a serious breach. Article 7(1), furthermore, requires that the Convention be interpreted “to promote . . . observance of good faith in international trade.” In light of these considerations, Articles 49(1)(b) and 64(1)(b) should be construed to permit avoidance only where there has been a failure to perform a material portion of the specified obligations within the time fixed in a *Nachfrist* notice. In short the Convention, properly construed, permits avoidance only if there has been a breach that substantially deprived the aggrieved party of its bargain (fundamental breach), or involved a delay in performing certain material obligations beyond the time made “of the essence of the contract” through the *Nachfrist* procedure.” FLECHTNER, Harry. “Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C”. *Journal of Law and Commerce*. n. 8, p. 72, 1988.

¹²⁰⁰ Oberlandesgericht Celle. *Used Printing Press Case*. Decisão de 24 de maio de 1995. Tradução disponível em <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/germany-oberlandesgericht-hamburg-oberlandesgericht-olg-provincial-court-appeal-german-6#>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²⁰¹ “A CISG, por exemplo, claramente diferencia os dois momentos — da concessão do prazo suplementar (arts. 47(1) e 63(1)) e da eficácia resolutive após transcorrido o prazo (arts. 49(1)(b) e 64(1) (b)). A fixação do termo é cabível para cumprimento em geral das obrigações do moroso, ao passo que a resolução dele decorrente só se aplica às hipóteses de não entrega de mercadorias — em que o comprador pode instituir o período de graça — ou de não de pagamento do preço ou não recebimento das mercadorias — em que caberá esse remédio ao vendedor” CORDEIRO, Amanda Guimarães. *Período de Graça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 91-92.

¹²⁰² “In cases where defects render delivered goods completely worthless, price reduction to zero may be claimed.” KRÖLL, Stefan et al. (ed.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods – A Commentary*. Munique: Hart, 2011, §48. Nesta mesma linha: “Part of doctrine and case law defends that if the delivered goods are worthless, the seller should, within the framework of price reduction, reimburse the entire price” JANSEN, Sanne. “Price Reduction under the CISG: A 21st Century Perspective”. *Journal of Law and Commerce*, v. 32, p. 361, 2014.

¹²⁰³ “The purpose of the remedy is to allow the buyer to keep defective goods and pay the price it otherwise would have paid had it been aware of the hidden defects in the goods.” PILOUNIS, Peter. The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (“*Nachfrist*”) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law? *Pace International Law Review*, v. 12, n. 1, 2000. p. 29.

724. Há grande debate na doutrina sobre a utilidade desse remédio na aplicação prática da CISG. Alguns autores argumentam que a redução de preço não exclui a possibilidade de indenização.¹²⁰⁴ Todavia, já defendemos em outra obra que “*o abatimento do preço nada mais é do que uma forma de indenização pelas perdas e danos incorridos pela parte inadimplente – e, por isso, não seria possível pleitear, além da redução de preço, indenização adicional, sob pena de incorrer-se em overcompensation, algo vedado pelo artigo 74 da CISG.*”¹²⁰⁵

725. Neste caso, o remédio da redução de preço só é mais favorável *vis-à-vis* as perdas e danos quando o preço de mercado estiver reduzido entre a celebração do contrato e a entrega e quando ele não tiver a oportunidade de resolver o contrato.¹²⁰⁶ Caso contrário, “*é mais vantajoso à parte ofendida pelo inadimplemento pleitear perdas e danos.*”¹²⁰⁷

¹²⁰⁴ Cf. e.g., KRITZER, Albert H. *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova York: Springer, 1989, p. 376, onde o autor defende a compatibilidade entre a redução de preços e as perdas e danos.

¹²⁰⁵ TEIXEIRA, Bruno Barreto de A. Remédios contra o Inadimplemento. In.: KULESZA, Gustavo Santos e MOREIRA, Rodrigo (coord.) *Direito Contratual e Convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 208. Nesta mesma linha, cf. GILLETTE, Clayton; WALT, Steven. *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*. 2nd ed. Nova York: Cambridge University Press, 2016, p. 360, onde se lê “*Of course, the injured buyer cannot claim both damages and a price reduction for the same portion of loss, as this would result in a duplicative recovery. Thus, the buyer cannot rely on both remedies for loss representing a nonconformity in the goods.*”; e SAIDOV, Djakhongir. Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace International Law Review*, v. 14, n. 2, 2002. p. 312.

¹²⁰⁶ “*When would an aggrieved buyer prefer to reduce the price under Article 50 rather than recover damages? As Article 50’s formula suggests, the desirability of price reduction depends on the value of the goods as compared to the contract price. Measuring value by market price, three cases are possible: (1) the market price remains stable and equal to the contract price, (2) the market price increases above the contract price, and (3) the market price declines below the contract price. [...] In case (3) the buyer of course would most prefer to get out of the contract, because the market price is below contract price. By keeping the contract in place and reducing the price according to Article 50, the buyer still pays \$94.73 for goods worth \$90. The buyer is better off avoiding the contract and purchasing conforming goods at the now-prevailing market price of \$95 (or nonconforming goods at the now-prevailing price of \$90). Avoidance allows the buyer to shift back to the seller the risk of the decline in market price. However, the buyer will not always be able to avoid the contract or want to do so. Avoidance is not possible if the nonconformity is not serious enough to constitute a fundamental breach. Even if the breach is fundamental, the buyer may fail effectively to declare the contract avoided. Finally, the buyer might need the goods immediately even if they are substantially nonconforming. Rather than avoiding the contract and having to return the goods, it will want to retain them and rely on a non-avoidance-based remedy. In these instances, the buyer will prefer to reduce the price in accordance with Article 50 rather than obtain damages.*” GILLETTE, Clayton e WALT, Steven. *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*. 2nd ed. Nova York: Cambridge University Press, 2016p. 366-367. Nesta mesma linha: “*If the amount of the reduction is inferior to that of damages the buyer has an interest in first deducting that amount from the price and then suing for the remaining damages. If the amount of reduction is equal or superior to that of damages the buyer is well-advised to reduce the price immediately and not to choose a claim for damages.*” WILL, Michael. Comments on Article 50. In: BIANCA, Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*. Giuffrè: Milan, 1987. p. 372.

¹²⁰⁷ GAMA Jr., Lauro; TEIXEIRA, Bruno Barreto de A. Remédios do Comprador (e outros remédios ligados ao inadimplemento do vendedor) (Arts. 45.52 da CISG). In: VENOSA, Sílvio de Salvo *et al.* (org.). *A Convenção*

726. A jurisprudência da CISG permite, contudo, uma outra função para este remédio – incentivar o comportamento oportunista.¹²⁰⁸ O artigo 50 da CISG permite a produção de efeitos similares aos da resolução do contrato, mesmo quando a parte inadimplida já tenha perdido o direito de fazê-lo.¹²⁰⁹

727. Isso porque o dispositivo autoriza a parte a pleitear a redução do valor dos bens a zero se entender que seu valor de mercado é inexistente.¹²¹⁰ Essa teoria foi testada no famoso *Coffee Machines case*.¹²¹¹ Nesse caso, a *Oberster Gerichtshof* austríaca permitiu a um comprador italiano reduzir o preço das mercadorias compradas de uma vendedora austríaca à zero, sob o argumento de que os bens recebidos não tinham nenhum valor.¹²¹²

728. Esses resultados, ainda que não previstos pelo legislador, são consequências nefastas do uso das normas do direito dos contratos internacionais.¹²¹³ Os chamados efeitos

de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 345.

¹²⁰⁸ “A large amount of the confusion surrounding price reduction results from its use in situations lacking an egregious non-conformity and thus not sustaining a fundamental breach that would warrant avoidance of the contract.” SONDHAL, Erika. Understanding the Remedy of Price Reduction? A Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, abr. 2003. Disponível em: https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/sondahl.html. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²⁰⁹ “The proportionate price reduction constitutes an alternative to avoidance, though it is available even where the buyer would otherwise be entitled to avoid”. LOOKOFSKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Encyclopaedia of Laws-Contracts. Kluwer Law International, 1993. Disponível em: https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/lookofsky.html#b231. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²¹⁰ “Assume that the seller delivers nonconforming goods that have no value at all. Courts that have considered the question have allowed the buyer to whom worthless goods have been delivered to reduce the price to zero. Presumably, use of the price reduction formula would be unnecessary in such a case. The buyer could achieve the same result by simply avoiding the contract. A seller who has delivered worthless goods fundamentally breaches the contract in all but the most atypical cases. As a result, the buyer can avoid the contract, which relieves the buyer of the obligation to pay the contract price. Given the relative ease of avoidance, the use of Article 50 in a ‘zero value’ case suggests that the buyer is invoking the remedy because it has failed to comply with the requirements of avoidance.” GILLETTE, Clayton; WALT, Steven. *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*. Op. Cit., p. 364-365.

¹²¹¹ Oberster Gerichtshof. *Coffee Machines Case*. Decisão de 23.5.2005. CLOUT Case n. 747.

¹²¹² “The relative calculation method ordered by Art. 50 CISG resulted in a reduction of the price to zero since the delivered goods were worthless. The CISG does not restrict the price reduction to insignificant or recoverable defects. There is also no contradiction with the right of avoidance, which is limited to a certain period of time (cf. Art. 49(2) CISG): A fundamental breach of contract might already be in place in the case of slight defects or delays if they were of a contractually manifested, basic importance for one of the contracting parties. The decrease in value is tied to the objective value of the product. The reduction to zero therefore is -- in contrast to avoidance of contract -- only possible in extreme cases (like the one at hand). This justified the reduction even though the right to avoidance is excluded.” Tradução para o inglês disponível em <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/austria-ogh-oberster-gerichtshof-supreme-court-austrian-case-citations-do-not-generally-15>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²¹³ “That is to say, price reduction under CISG Art. 50 has a different objective than damages - to preserve the bargain; it is concerned with the promise, the moral duty to keep it and more specifically with the moral right

impróprios¹²¹⁴ não devem ser vistos como legítimos, sob pena de se afastar a congruência normativa, axiológica, e teleológica do direito dos contratos comerciais internacionais.

729. A metodologia ora proposta auxilia, justamente, a evitar este tipo de oportunismo. Para ilustrar esse fato, tomemos o exemplo da escolha de remédios contra o inadimplemento no direito comparado.

730. Alguns ordenamentos jurídicos – a grande maioria, oriundo da *common law* inglesa – impede a tutela específica de obrigações contratuais.¹²¹⁵ Autores comentando essa vedação argumentam que a tutela específica é menos eficiente, da perspectiva econômica, do que as

of the buyer to have the promise kept, and not as concerned with the actual economic efficiency of the promise as the damages remedy” LIU, Chengwei. Price Reduction for Non-Conformity: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, 2005. Disponível em: https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/chengwei2.html#iii. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²¹⁴ “Mas além do efeito próprio – a proteção da utilidade do contrato –, os remédios trazem consigo, ainda, um efeito impróprio: sua utilização como instrumento de comportamento estratégico não-cooperativo por uma das partes do contrato para atingir seu objetivo, mesmo quando ele vai de encontro aos ditames do contrato e da CISG.” TEIXEIRA, Bruno Barreto de A. Remédios contra o Inadimplemento. *Op. Cit.*, p. 211-212.

¹²¹⁵ “The assumptions of that legal system in this respect are relatively simply stated and differ relatively little from those held most Common law countries. Of concern here are five basic tenets. First, the law of remedies for breach of contract is directed at to the promisee to redress breach rather than compulsion of the promisor to prevent breach. Second, relief to the promisee is to be measured by his expectation, sometimes called “the benefit of the bargain,” and the attempt is therefore to put him in the position in which he would have been had the contract been performed. Third, this attempt should take the form of substitutional relief, an award of money, rather than specific relief, whenever substitutional relief is adequate. Fourth, the award of substitutional relief should not include compensation for loss that might reasonably have been avoided by the claimant. Fifth, the award of substitutional relief should not include compensation for loss that could not reasonably have been foreseen by the party in breach at the time he made the contract.” FARNSWORTH, E. Allan. Damages and Specific Relief. *The American Journal of Comparative Law*, v. 27, n. 2/3, p. 247-253, 1979. p. 247.

perdas e danos.¹²¹⁶ Entretanto, nos parece que permitir a chamada *efficient breach*¹²¹⁷ abre as portas para que partes sofisticadas desenvolvam comportamento oportunista.¹²¹⁸

731. De acordo com quem defende a teoria da *efficient breach*, um contrato celebrado entre V e C para a venda de um bem por \$100 poderia funcionar como *hedge*, uma forma de securitização de uma possível transação futura que V irá perquirir no mercado. Nesse contexto, V assegura um preço para o bem, enquanto busca compradores dispostos a pagar mais. Admitindo a possibilidade de *efficient breach*, todo o risco contratual de V seria mitigado.

732. Por exemplo, se ele encontrar um comprador disposto a pagar \$150 pelo bem, ele indenizará C pelos \$100 e ainda terá \$50 de lucro na operação.¹²¹⁹ Se V estiver em melhor

¹²¹⁶ “*But instead, contract doctrine and Contract as Promise allow the party in breach to “get away” with paying “only” the value of the expected performance. Economists claim this shows that the law is more practical than moral: the law recognizes that a less rigid rule promotes social utility by encouraging a promisor to make the highest and best use of his resources, while awarding the disappointed promisee a money equivalent no greater than the worth of the promised performance.*” FRIED, Charles. *The Ambitions of Contract as Promise*. In: KLASS, Gregory *et al.* *Philosophical Foundations of Contract Law*. Nova York: Oxford University Press, 2014, p. 24-25. Há controvérsias se a tutela específica é, de fato, menos eficiente. Neste sentido, cf. e.g. CRASWELL, Richard. “Instrumental Theories of Compensation: A Survey”, *San Diego Law Review*, v. 40, n 4, p. 1.135-1.180, 2003; FRIEDMANN, Daniel. “The Efficient Breach Fallacy.” *Journal of Legal Studies*, v. 18, n 1, p. 1-24, 1989; e MACNEIL, Ian. “Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky”. *Virginia. Law Review*, v. 68, n. 5, p. 947-970, 1982.

¹²¹⁷ “*The theory of efficient breach asks the question, ‘When is it more efficient for a party to breach a contract than to perform as promised?’ It also attempts to identify contract remedies and other legal rules that will give promisors an incentive to breach in exactly those cases where breach would be efficient.*” CRASWELL, Richard. “Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach”. *Southern California Law Review*. V. 61, n. 3, p. 630, 1988.

¹²¹⁸ “*Although the simple theory enjoys some sway in the legal imagination, no serious economic thinker today propounds it. In fact, as soon as the simple theory appeared, economically oriented scholars working within the same neoclassical and welfarist model began raising significant questions about it. Over 40 years later, it is clear that even granting the assumptions of neoclassical economics, the simple theory simplifies much too much. It fails to recognize that some breaches are not only inefficient, but opportunistic.*” KLASS, Gregory. “Efficient Breach”. In: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. *Philosophical Foundations of Contract Law*. Nova York: Oxford University Press, 2014, p. 370.

¹²¹⁹ Padrão fático similar foi observado em *Tongish v. Tomas & Decatur* 251 Kan. 728; 840 P.2d 471. Nesse caso, Tongish (o réu) celebrou um contrato com a Decatur Coop Association (a autora) para vender sementes de girassol por US\$ 13 por cento. A Decatur tinha um contrato para entregar as sementes pelo mesmo preço de \$ 13, mais uma taxa de manuseio de 55 centavos por cento, para Bambino Bean & Seed Company. Devido a fatores externos, o preço de mercado das sementes de girassol quase dobrou entre o contrato e a entrega. Tongish então deixou de entregar as sementes contratadas e as vendeu para outro comprador por US\$ 20, gerando US\$ 5.153 a mais do que o preço do contrato da Decatur. A autora, então, ajuizou ação contra a Tongish requerendo indenização de \$5.153. Tongish admitiu o inadimplemento, mas afirmou que sua responsabilidade para com a Decatur estava limitada ao “lucro esperado” da Coop, ou seja, 55 centavos – referentes à taxa de manuseio - vezes a quantidade de quinhentos pesos não entregues, o que perfaria um total de US\$ 455. Segundo Tongish, o adimplemento total teria dado à Decatur apenas a taxa de manuseio esperada de US\$ 455, mas não a diferença do valor de mercado das sementes, no valor de US\$ 5.153. A corte de apelações decidiu condenar Tongish à indenização no valor referente à diferença do valor de mercado das sementes, afirmando que: “*We believe the majority rule or the market damages remedy as contained in K.S.A. 84-2-713 is more reasoned and should be followed as the preferred measure of damages. While application of the rule may not reflect the actual loss to a buyer, it encourages a more efficient market and discourages the breach of contracts.*”

posição do que C para avaliar o mercado, estamos diante de uma situação de risco moral. Evitar o comportamento oportunista é regra de eficiência¹²²⁰ – o direito contratual, portanto, deve encorajar as partes a assumir riscos se estiverem em melhor posição para fazê-lo.¹²²¹

733. A *efficient breach* permite que a parte inadimplente evite riscos os quais ela deveria assumir pela sua posição na relação econômica.¹²²² Apesar de eficiente,¹²²³ esse resultado pode ser indesejável, na medida em que incentiva o risco moral.¹²²⁴

734. Noves fora o paradoxo cultural criado pela dogmática da quebra eficiente,¹²²⁵ essa problemática produz efeitos práticos relevantes. No mesmo exemplo acima, onde V securitiza seus riscos inerentes ao contratar com C para a venda de um bem por \$100, se V encontrar B, outro comprador interessado em adquirir o bem por \$150, o preço de mercado do bem teria subido em 50%.

¹²²⁰ “Recognition that deterring opportunism provides a basis for the doctrines discussed here, and perhaps for many others as well, reduces the confusion and uncertainty that permeate many areas of contract law” MURIS, Timothy. “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts”. *Minnesota Law Review*, v. 65, p. 589-590, 1981.

¹²²¹ “Moral hazard reinterpreted as strategic efforts to appropriate gains from trade by exploiting the circumstantial advantages created by information asymmetries is clearly a form of opportunism.” MASTEN, Scott E. “Equity, Opportunism, and the Design of Contractual Relations”. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 144, p. 183, 1988.

¹²²² “A breach is opportunistic when one party attempts to reap “the benefit of the bargain without bearing the agreed-upon cost.” KLASS, Gregory. “Efficient Breach”. *Op. Cit.*, p. 371.

¹²²³ “But every contract contains within itself the possibility of what Trebilcock calls the ‘Paretian dilemma,’ which arises in the following way. Suppose that a party regrets his or her initial decision to enter a transaction because, when the time for performance comes, new opportunities have arisen or for some reason the party’s preferences have changed. Whether the transaction is Pareto superior will depend upon which of the two sets of preferences, the earlier or the later, is taken into account. If anything, it seems more rational to refer to the party’s last revealed preferences. But, in any case, the Pareto criterion does not itself decide between them. On the contrary, it applies only on the premise that a selection has already been made.” BENSON, Peter. “Introduction”. In: BENSON, Peter (ed.). *The Theory of Contract Law: New Essays*. Nova York: Cambridge University Press, 2001, p. 7.

¹²²⁴ Irma Russel, por exemplo, afirma que “So contract law, I believe, is there to counterbalance the rational actor, to gain something for society—and that is, I think, enough certainty that people are willing to have confidence that the rational actor will not defeat the interests that they believe have been allocated to them. That is why I think the benefit of the bargain is the kernel of the contest. That is why efficient breach merely glorifies that rational actor without identifying the certainty aspect, which is the reasonable willingness of society to incur the cost of this mechanism. In fact, it is the primary reason; to figure out how we will protect that potential future-injured party.” SNYDER, Franklin *et al.* “Relational Contracting in a Digital Age”. *Texas Wesleyan Law Review*, v. 11, n. 2, p. 694, 2005.

¹²²⁵ “Putting aside the merits of a transparency requirement, the rule and its justification may play a role in creating a wider culture in which pressure develops not to comply with the moral commitment, whether just because it is not legally required or because the legal permission spawns cultural habits that render moral compliance precious or alien.” SHIFFRIN, Seana. “Divergence Between Promise and Contract”. *Harvard Law Review*. V. 120, p. 740, 2007.

735. Se V então inadimplir seu contrato com C, pagando uma expectativa de indenização de \$100, C, se ainda estiver interessado na utilidade do bem, teria que ir novamente ao mercado. Mas, agora, por causa do comportamento oportunista de V, o bem não vale mais \$100, mas \$150 – o preço que B pagou a V.

736. Na nossa visão, essa não é uma hipótese que deve ser permitida na interpretação e integração dos contratos internacionais. Situações de *efficient breach* não deveriam ser possíveis, simplesmente porque afetam a troca de utilidade entre as partes – no exemplo acima, C acabou privado da utilidade que buscava no negócio, já que, ao fim, não conseguiu adquirir o bem pelo preço avaliado por si. Assim, sob essa nova estrutura, um esquema de *efficient breach* deixaria a parte inadimplida – nesse caso, C – em situação pior do que estava antes do contrato ser celebrado, violando, portanto, o ditame maior da eficiência de Pareto.

737. C poderia tentar adquirir o mesmo bem através de outro fornecedor atuante no mercado; mas como mostra o exemplo, terá que incorrer em custos mais elevados, pois o novo fornecedor não cobrará dele o mesmo preço do fornecedor original.¹²²⁶ Isso não apenas torna a transação menos eficiente, mas também altera o bom funcionamento dos mercados, de modo a aumentar os preços e custos para os participantes envolvidos na transação.¹²²⁷

738. Logo, como vimos, a chamada quebra eficiente impede que uma das partes usufrua da utilidade que adquiriu o bem em jogo pelo preço acordado. Supondo que C estava adquirindo aquele bem para aumentar a produtividade de sua fábrica, ele ficaria em situação pior, mesmo após o pagamento da indenização, porque não tirou a utilidade que buscava do negócio.

739. Além disso, impedir que a parte inadimplida possa remediar o inadimplemento contratual através da tutela específica afeta, também, a segurança jurídica. É claro que a

¹²²⁶ “Therefore, no basis exists for assuming that buyers generally have significantly lower cover costs than sellers. It follows that expanding the availability of specific performance would not generate higher post-breach negotiation costs than the damage remedy”. SCHWARTZ, Alan. “The Case for Specific Performance”. In: BARNETT, Randy. *Perspectives on Contract Law*. 3ª ed. Nova York: Aspen, 2005, p. 67.

¹²²⁷ “This justification for money damages as the preferred remedy is flawed, however. It assumes, incorrectly, that only the buyer can purchase substitute goods in the market. But one of the seller’s options is for the seller to cover by purchasing goods conforming to the contract on the open market and then supplying them to the buyer in lieu of seller’s own performance. When the seller can also cover, neither remedy would generate any post-breach negotiation costs. The seller merely “performs” his contract with the buyer (by supplying the substitute performance) and is free to accept the better offer from the third party.”, SCOTT, Robert; KRAUS, Jody. *Contract Law and Theory*. 5ª ed. Nova York: Lexis Nexis, 2013, p. 115.

legítima expectativa de C ao celebrar o contrato com V era de receber o bem. O aumento de preço de mercado do bem era completamente imprevisível para C.

740. Por isso que as fontes do direito dos contratos comerciais internacionais autoriza a tutela específica da obrigação, não servindo de guarida para a teoria da *efficient breach*.¹²²⁸ Trata-se de regra que anda em linha com os princípios da segurança e da eficiência.¹²²⁹

741. No plano internacional, tome-se como exemplos o artigo 28 da CISG¹²³⁰ e o artigo 7.2.2 dos Princípios do UNIDROIT.¹²³¹ Além disso, alguns contratos-modelo bastante utilizados no comércio internacional prevêm a possibilidade de tutela específica; é o caso da cláusula 12.1.B do modelo de JOA da AIEN¹²³² e da cláusula 15.1 do *Red Book* do FIDIC,¹²³³ por exemplo, que prevêm a possibilidade de tutela das obrigações contratuais ali estipuladas.

742. Como se vê, esse remédio permite que a parte inadimplida obtenha a utilidade do bem sem incorrer em custos adicionais. Da mesma forma, protege a legítima expectativa das partes

¹²²⁸ “Assim sendo, ainda que as partes de um contrato sob a égide da CISG possam, ex ante, excluir qualquer recurso à execução específica – o que poderia sugerir, para alguns, uma aproximação aos pressupostos da teoria do inadimplemento eficiente – e que o artigo 7.2.2.(c) dos Princípios UNIDROIT possa insinuar uma aproximação à common law, o propósito de tais disposições não foi, certamente, encorajar a aplicação da teoria, tendo sido tampouco pautadas em argumentos de eficiência econômica.” PEREIRA, Laura França. “A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach), os Esforços de Unificação ou Harmonização do Direito Contratual e o Direito Brasileiro”. In: KULESZA, Gustavo Santos e MOREIRA, Rodrigo (coord.). *Direito Contratual e Convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 407.

¹²²⁹ “They more systematically apply specific performance principles (exécution en nature), that oblige the parties to observe their initial contractual commitments (even if both parties were to agree to renegotiate). Under Civil Law doctrine, such a principle is a good guarantor of the fairness of the agreement. It is implicitly recognized that a contract creates some irreversibilities that one of the parties could try to exploit ex post, to gain an unfair advantage in renegotiating the contract. [...] Parties can safely consider ex-ante commitments as secure, therefore the agreement provides them with the incentive to optimally invest ex-ante, even though the ex-post lack of flexibility can generate sub-optimal ex post level of exchange in a changed situation.” BROUSSEAU, Eric. “Did the Common Law Bias the Economics of Contract?” In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (eds). *Law and Economics in Civil Law Countries*. Amsterdam: Elsevier, 2001, p. 4.

¹²³⁰ Art. 28 Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela presente Convenção.

¹²³¹ Art. 7.2.2. Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless (a) performance is impossible in law or in fact; (b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive; (c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source; (d) performance is of an exclusively personal character; or (e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance.

¹²³² 12.1.B each other Party shall be entitled to enforce specific performance of the terms of this Article, in addition to any other remedies (including damages) to that it may be entitled. Each Party agrees that monetary damages alone would not be an adequate remedy for the breach of any Party's obligations under this Article.

¹²³³ 15.1. the Contractor fails to carry out any obligation under the Contract the Engineer may, by giving a Notice to the Contractor, require the Contractor to make good the failure and to remedy it within a specified time (“Notice to Correct” in these Conditions).

ao ingressar na operação comercial. Logo, um intérprete, confrontado com uma disputa envolvendo a disponibilidade (ou não) da tutela específica, poderá justificar sua preferência por este remédio com fundamento em preceitos essenciais dos contratos comerciais internacionais

4.3.3. PROMOÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL EM SITUAÇÕES DE ALTERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS

743. Como vimos acima, o comércio internacional passa por um processo de transição entre paradigmas da contratação transfronteiriça. Os contratos simples, que dominaram o comércio internacional no passado, vêm dando espaço para avenças mais complexas.¹²³⁴

744. Esses negócios, incompletos e relacionais, são fundados na impossibilidade de se prever toda e qualquer contingência.¹²³⁵ Isso gera a necessidade de acordos flexíveis¹²³⁶ que dependem, em diversos níveis, da cooperação das partes no atingimento de seus objetivos.¹²³⁷

¹²³⁴ “*Nous pouvons constater que le monde des affaires internationales est devenu plus complexe, où l’instabilité et l’imprévisibilité des changements sont des éléments intrinsèques. Il est intéressant de remarquer les effets que ce contexte a sur les rapports contractuels internationaux à long terme, puisqu’ils se développent pendant plusieurs années en assurant aux cocontractants une prestation déterminée en échange d’une contrepartie précise.*” PRADO, Maurício Almeida. *Le Hardship dans le Droit du Commerce International*. Paris : Bruylant, 2003, p. 1.

¹²³⁵ “*Parties cannot define ex ante the contingencies that may occur (or actions that may be feasible) later on. So, they must content themselves with signing a contract such as an authority or ownership relationship that does not explicitly mention those contingencies, or with signing no contract at all.*” TIROLE, Jean. “Incomplete Contracts: Where Do We Stand?” *Econometrica*, v. 67, n. 4, p. 743, 1999.

¹²³⁶ Essa tensão entre flexibilidade *ex post* e certeza *ex ante* é da natureza dos contratos relacionais: “*The objectives of ex ante and ex post efficiency are in tension when parties contract under uncertainty. This is because the commitment necessary to protect the specific investments that generate the expected contractual surplus is often antithetical to the flexibility needed to ensure ex post efficiency. It may turn out, for example, that the value of the contract performance to the promisee is less than the promisor’s cost of performance. Under these circumstances, the parties would want the flexibility to avoid an inefficient trade. But an effort to build in flexibility (say by agreeing to renegotiate an inefficient contract ex post) may expose the party that has made sunk cost investments to the risk of exploitation by the noninvesting party. This prospect, in turn, may cause the investing party to reduce or even decline to make welfare enhancing investments, thus undermining ex ante efficiency.*” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George. “Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design”. *Case Western Law Review*, v. 56, n. 1, p. 189, 2005.

¹²³⁷ “*A number of categories of behavior are required for such relations to exist, two of which, maintaining reciprocity and maintaining solidarity, are first among equals. The others are using roles, planning, consenting, achieving flexibility, protecting restitution, reliance, and expectation interests, creating and restraining power, following accepted ways of doing things, and harmonizing the relation with its international and external social matrix.*” MACNEIL, Ian. “Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos”. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 143, n. 2, p. 274, 1987.

745. Essas avenças são testadas a todo momento.¹²³⁸ Se um fator externo às partes e a um ambiente contratual afeta, profundamente, a troca de utilidades entre as partes por conta de um fator extracontratual superveniente, essa circunstância pode ter efeito catastrófico, não só na relação específica das partes,¹²³⁹ mas também no comércio internacional como um todo.¹²⁴⁰

746. Nesse contexto, torna-se necessário refletir sobre o papel da hermenêutica contratual na preservação do equilíbrio contratual, particularmente diante de um cenário de alteração das circunstâncias.¹²⁴¹ Quando o equilíbrio das prestações é afetado por circunstâncias externas, coloca-se em xeque não só a utilidade da operação, como também as legítimas expectativas das partes.¹²⁴²

¹²³⁸ “Uncertainty is generally regarded as being antithetical to efficient business decisionmaking. To many observers, uncertain judicial interpretation creates incentives for wasteful game-playing by each party. Buyers are emboldened to threaten to walk from deals in circumstances in which the alternative precise provision would have foreclosed such an option. The prospect of this type of buyer opportunism, in turn, undermines the incentive of the seller to contract and to make investments specific to the acquisition.” CHOI, Albert; TRIANTIS, George. “Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions”. *Yale Law Journal*, v. 119, n 5, p. 882, 2010.

¹²³⁹ “Ao encarar o problema do risco, a grande questão a enfrentar não é a inexecução voluntária ou dolosa dos contratos, mas, sim, o inadimplemento decorrente de causas imprevisíveis ou alheias à vontade dos contratantes, e que ocorrem ao longo do tempo.” BAPTISTA, Luiz Olavo. “O Risco nas Transações Internacionais: Problemática Jurídica e Instrumentos de Defesa”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 24-46.

¹²⁴⁰ Veja-se, por exemplo, os efeitos que da Pandemia do COVID-19 no descarrilhamento do comércio global: “Debido al serio riesgo que esta pandemia conlleva para la salud de las personas, un gran número de Estados ha tomado diversas medidas —por ejemplo, cuarentena, cierre de fronteras— con la intención de contrarrestarla, detener su expansión y proteger sus mercados internos. Sin embargo, tales actos de autoridad también han tenido efectos perturbadores en la economía y en el comercio. Su impacto disruptivo en la contratación internacional ha impedido o dificultado significativamente el cumplimiento de obligaciones asumidas. Asimismo, dada la interdependencia mundial, el COVID-19 ha alterado la operación de cadenas globales de suministro de equipos médicos y de alimentos, productos esenciales para combatir la pandemia y mantener alimentada a la población en época de crisis.” ALBORNOS, María Mercedes. *Contratos Internacionales con COVID 19*. In: MARTÍN, Nuria. *COVID-19 y su Circunstancia. Una Visión Jurídica Plural de la Pandemia*. Cidade do México: UNAM, 2021. p. 2. A pandemia representou um grande desafio para o comércio internacional, na medida em que muitos dos instrumentos existentes na legislação não estavam calibrados para lidar com um impacto desse tamanho no comércio global: “Comme, malheureusement, peu a été fait jusqu’à présent pour proposer des solutions juridiques harmonisées, les auteurs appellent à des efforts urgents et mieux coordonnés au niveau mondial pour s’attaquer à l’impact du Covid-19 sur les transactions commerciales internationales.” TORSSELLO, Marco ; WINKLER, Matteo. *Les Conséquences du Covid-19 sur les Contrats Internationaux: un Diagnostic Préliminaire. La Revue Européenne du Droit*, v. 1, p. 69, 2020.

¹²⁴¹ Segundo Menezes Cordeiro, a alteração das circunstâncias se consubstancia na “modificação do condicionalismo que rodeie a celebração dos contratos. Segundo coordenadas históricas e geográficas, pode ser reconhecida eficácia jurídica a tais eventos; quando isso suceda, o Direito admite modificações no comando atingido, ou a sua própria resolução.” MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. V. II, Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 259 Nesta mesma linha, cf. MOREIRA, Rodrigo Cavalcante. *A Resolução dos Contratos de Longa Duração pela Quebra da Confiança*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 188.

¹²⁴² “Quoique la pratique contractuelle internationale ait développé des clauses visant à appréhender les risques généralement imprévisibles et dont l’impact sur le contrat serait lui aussi imprévisible (les clauses de hardship

747. Mas o que é equilíbrio contratual? A resposta vem de um princípio romano antigo, que enuncia que as “*performances réciprocas das partes devem ser mais ou menos iguais no momento da conclusão do contrato e permanecer equilibradas na fase de performance*”.¹²⁴³ Derivado da filosofia grega,¹²⁴⁴ e, posteriormente incorporado à romana,¹²⁴⁵ esse axioma fundamenta a possibilidade de alteração das avenças em caso de fatos supervenientes.¹²⁴⁶

748. No plano normativo, a regra de alteração das circunstâncias tomou forma, primeiro, sob a modalidade da cláusula *rebus sic standibus*;¹²⁴⁷ um dispositivo contratual (e portanto dependente da vontade das partes) que permitiria a revisão das avenças em caso de mudança de circunstâncias. Em que pese sua origem desconhecida,¹²⁴⁸ essa cláusula foi incorporada (ainda que não uniformemente) na legislação de diversos países; ao longo dos anos, aquele fundamental princípio se desenvolveu em diferentes formas e moldes nas diferentes leis

ou similaires), on a déjà constaté que ces clauses n'étaient pas toujours présentes dans les contrats à long terme. [...] Em tout état de cause, on ne saurait deduire de l'absence de clause de hardship (ou similaire) que l'une des parties a consenti à assumer l'intégralité des risques découlant de la réalisation d'événements imprévisibles.” PRADO, Maurício Almeida. Regards Croisés sur les Projets de Règles Relatifs à la Théorie de l'Imprévision en Europe. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 4, p. 865, 2010.

¹²⁴³ Para mais detalhes sobre a aplicação do princípio no período romano, cf. YILDIRIM, Ahmet Cemil. *Equilibrium in International Commercial Contracts with Particular Regard to Gross Disparity and Hardship Provisions of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Londres: Wolf, 2011.

¹²⁴⁴ Segundo Aristóteles: “*a lei contempla somente o aspecto distintivo da justiça, e trata as partes como iguais, perguntando somente se uma das partes cometeu e a outra sofreu a injustiça, e se uma infligiu e a outra sofreu um dano. Sendo portanto esta espécie de injustiça uma desigualdade, o juiz tenta restabelecer a igualdade,*” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 2. ed. Tradução notas e comentários de Mário da Gama Kury. Brasília, DF: Ed. da UnB, 1985. p. 97.

¹²⁴⁵ “*Cícero (106 BC-43BC) was possibly the first author to raise the question of the legitimacy of refusing to perform a contract if the circumstances had sufficiently changed.*” URIBE, R. A. Momberg. *The Effect of a Change of Circumstances on the Binding Force of Contracts*. Cambridge: Intersentia, 2011. v. 94. p. 29.

¹²⁴⁶ “*As mentioned earlier, Blackburn was conflating the doctrine of impossibility with another traditional doctrine: the so-called clausula rebus sic stantibus: an implied condition that the parties will not be bound under certain circumstances which they did not envision. This rule is the ancestor of the doctrine of changed and unforeseen circumstances which is recognized in most modern legal systems*”. GORDLEY, James. *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 52, n. 3, 2004. p. 525.

¹²⁴⁷ Segundo Hannes Rösler, a norma se baseia na “*assumption that matters or circumstances remain the same*”. Logo, alteradas as circunstâncias do negócio, autoriza-se a sua modulação. RÖSLER, Hannes. *Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law*. *European Review of Private Law*, v. 15, n. 4, 2007. p. 487.

¹²⁴⁸ “*Os romanos não conheciam a figura da rebus sic standibus, que embora de origem incerta, pode ser atribuída genericamente aos canonistas e pós-glossadores dos sécs. XIV a XVI.*” COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As cláusulas de força maior e de Hardship nos contratos internacionais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Obrigações e contratos*. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2011. p. 664-667.

nacionais.¹²⁴⁹ Não nos parece controverso afirmar que, hoje, o equilíbrio contratual é um princípio basilar do direito contratual contemporâneo.¹²⁵⁰

749. Essas diferenças observadas no estudo comparado das teorias de alteração de circunstâncias se relacionam (i) com os parâmetros de avaliação de quando um contrato se tornou desequilibrado ou não; e (ii) os remédios disponíveis para reequilibrar o negócio.

750. Na comparação dos ordenamentos jurídicos de cultura latina, é possível se identificar duas grandes doutrinas que regulam as alterações de circunstâncias no direito contratual. A primeira, denominada Teoria da Imprevisão, tem origem no direito francês.¹²⁵¹

751. O *Code Napoléon* – muito influenciado pelos ideais liberais franceses do século XIX –, não possuía, em seu bojo, qualquer regra que regulasse a alteração de circunstâncias no direito contratual.¹²⁵² A jurisprudência das cortes francesas, então, desenvolveu regras que permitissem a modulação do negócio jurídico em situações de desequilíbrio causado por fatores externos.¹²⁵³

¹²⁴⁹ “When one compares the Portuguese concept of change in circumstances with the procedures in force in other legal systems (e.g. *imprévision* theory, impossibility for supervening excessive burden, modification of the contractual base or change in circumstances), which may be considered similar to our own, the concept has relevant specific characteristics and significant differences.” PEREIRA, Rui Soares. Force Majeure, *Imprévision* and Change in Circumstances under Portuguese Law. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*, v. 58, n. 2, 2017. p. 213.

¹²⁵⁰ “O princípio do equilíbrio é o preceito jurídico que visa evitar a falta de equidade nas relações contratuais em geral e sobretudo nas sinalagmáticas, o que faz com base na normatização e em colaboração com outros princípios”. ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175. Em sentido contrário, cf. HEINEN, Juliano; SOARES, Leonela. A estrutura Teórico-dogmática do Equilíbrio Contratual no Direito Privado – pode ser ele considerado um princípio geral do direito? *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 28, p. 15-42, 2021. p. 41.

¹²⁵¹ Para um breve apanhado histórico da teoria no direito francês, cf. BÉNABENT, Alain. *Droit des Obligations*. 15e ed. Paris: LCDJ, 2016. p. 248.

¹²⁵² Charles Aubry e Frédéric Rau, por exemplo, afirmavam que somente a impossibilidade de cumprimento da obrigação exonerava o devedor: “*Les contrats se dissolvent enfin par la survenance d’un empêchement qui rend impossible l’accomplissement de l’engagement contracté par l’une des parties, lorsque cet engagement consiste, soit en une obligation de faire, soit en une obligation de livrer qui n’a pour objet que la transmission d’un droit personnel de jouissance.*” AUBRY, Charles; RAU, Frédéric. *Cours de Droit Civile Français*. 5ème ed. Paris: Marchal et Billard, 1902. t.4. p. 574.

¹²⁵³ Cf., e.g., a decisão proferida pelo Conseil d’État francês em 30 de março de 1916, na disputa entre a Prefeitura de Bordeaux e a *Compagnie Générale d’Éclairage* da cidade de Bordeaux, onde o conselho admitiu a revisão do contrato em razão de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis que constituíssem uma álea extraordinária para uma das partes contratantes citada em AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; CARBONE, Paolo; TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas – homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 56-57.

752. Posteriormente, a Teoria de Imprevisão foi adotada no artigo 2º da chamada *Loi Faillot*, de 1918, que relativizou a força obrigatória dos contratos executados antes da Primeira Guerra Mundial.¹²⁵⁴ Finalmente, com a reforma do *Code Civile* de 2016 veio o artigo 1.195,¹²⁵⁵ que regula o tema.¹²⁵⁶

753. Já a segunda, conhecida como, Teoria da Onerosidade Excessiva tem origem no direito civil italiano.¹²⁵⁷ A regra foi positivada no artigo 1.467 do *Codice Civile* de 1942,¹²⁵⁸ e prevê que um contrato pode ser resolvido em caso de extrema onerosidade para uma das partes.

754. Como se pode ver, a Teoria da Onerosidade Excessiva difere da Teoria da Imprevisão. Em primeiro lugar, ela dá maior ênfase à onerosidade da prestação, enquanto a teoria francesa foca na assunção do risco pela parte.¹²⁵⁹ Ademais, seu remédio de preferência é a resolução do

¹²⁵⁴ Art. 2. Indépendamment des causes de résolution résultant du droit commun ou des convention, les marchés et contrats visés dans l'article précédent peuvent être résolus sur la demande de l'une quelconque des parties, s'il est établi qu'à raison de l'état de guerre l'exécution des obligations de l'un des contractants entraînera des charges ou lui causera un préjudice dont l'importance dépasserait de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention.

¹²⁵⁵ Art. 1.195. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

¹²⁵⁶ “Le changement de circonstances imprévisible fait l'objet d'une disposition nouvelle qui renverse un très célèbre et ancien arrêt du droit français, Canal de Crapone. On peut y voir une manifestation des effets du principe de bonne foi qui impose de renégocier loyalement le contrat, en vue de l'adapter au changement de circonstances et, en cas de refus ou d'échec, permet au juge d'en tirer les conséquences (révision ou fin du contrat). L'article 1195, placé dans une sous-section intitulée “force obligatoire” du contrat envisage les conséquences du changement de circonstances imprévisible en énonçant une à une les étapes du processus. Il y a d'abord une renégociation, sans suspension d'exécution: puis, en cas d'échec ou de refus, le texte énonce la possibilité de choisir entre la résolution conventionnelle ou une saisine conjointe du juge pour qu'il “adapte” le contrat. Enfin, mais seulement après un “délai raisonnable”, une partie peut saisir le juge pour qu'il révisé le contrat ou y mette fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.” FAUVERQUE-COSSON. Bénédicte. La Reforme du Droit Français des Contrats dans le Contexte de L'arbitrage Commercial International. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 449-466, 2016.

¹²⁵⁷ Para um apanhado histórico sobre as origens e desenvolvimento da teoria da onerosidade excessiva no direito italiano, cf. TARTAGLIA, Paolo. “Onerosità Eccessiva”. In: *Enciclopedia del Diritto*. V. 30. Milão: Giuffrè, 1980.

¹²⁵⁸ Art. 1.467. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto.

¹²⁵⁹ “Les particularités concernant l'intérêt des parties sont de deux ordres la première apparait comme une condition négative et remet à la phase de conclusion du contrat : l'acceptation des risques par une partie contractante (a); la seconde apparait comme une condition positive et concerne directement le déséquilibre économique du contrat : l'exigence d'un extrême avantage pour l'une des parties en présence d'excessive onérosité qui pèse sur la prestation de l'autre partie contractante (b).” VIEIRA, Lacyr de Aguiar. L'Excessive Onérosité et l'Imprévisible. In: VIEIRA, Lacyr de Aguiar et al. *Mélanges en l'Honneur du Professeur Claude Witz*. Paris: Lexis Nexis, 2018.

contrato, limitando (ou por vezes excluindo) a oportunidade à revisão da avença pelo juiz, enquanto a doutrina francesa prefere a manutenção do contrato através de sua revisão.¹²⁶⁰

755. No Brasil, a Teoria da Imprevisão recebeu, de início, adesão da jurisprudência da época do Código Civil de 1916.¹²⁶¹ Com o advento do Código Civil de 2002, legislador decidiu por adotar a Teoria da Onerosidade Excessiva nos artigos 978 a 980,¹²⁶² em que pese divergência doutrinária sobre a aplicabilidade atual da Teoria da Imprevisão no Código Civil,¹²⁶³ particularmente no que tange à interpretação do seu artigo 317.¹²⁶⁴

756. Outros países, entretanto, adotam critérios distintos. Nos ordenamentos cujo oriundos da *common law* inglesa, existem duas teorias que se aplicam às hipóteses de desequilíbrio superveniente: *frustration* e *impracticability*.¹²⁶⁵ Enquanto a primeira prega que a parte frustrada está isenta de performar suas obrigações quando o propósito contratual é

¹²⁶⁰ “*Cependant, les branches de l’alternative ne semblent pas avoir le même poids. Alors que l’anéantissement du contrat est privilégié par les droits italien et brésilien, le maintien du contrat reçoit une plus grande faveur en droit français.*” VIEIRA, Lacyr de Aguiar. L’Excessive Onérosité et l’Imprévisible. *Op. Cit.*, p. 13.

¹²⁶¹ “*Não prevista no Código de 1916, e até mesmo rejeitada por princípios dele dedutíveis (v.g. art. 1.246), a revisão já vinha sendo acolhida por algumas decisões judiciais.*” MARTINS-COSTA, Judith. “Do Inadimplemento das Obrigações”. *Op. Cit.*, p. 229-230.

¹²⁶² Segundo Judith Martins-Costa, “*é especialmente importante atentar à doutrina italiana acerca da Teoria da Excessiva Onerosidade, na medida em que os conceitos desenvolvidos ao longo de mais de meio século – e as decisões de sua jurisprudência, que vieram, progressivamente, apanhando novas hipóteses e precisando, limitativamente, o significado do termo ‘imprevisibilidade’ – poderão ser de auxílio na interpretação dos arts. 317, 479 e 480 do Código Civil Brasileiro.*” MARTINS-COSTA, Judith. A Revisão Contratual no Código Civil Brasileiro. *Rivista Roma e America - Diritto Romano Comune*, Roma, p. 135-172, 2003. p. 150.

¹²⁶³ Álvaro Villaça de Azevedo entende, por exemplo, que “[...] o novo Código Civil, em seu artigo 478, acolhe a teoria da imprevisão” AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. *In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; CARBONE, Paolo; TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas – homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 62.*

¹²⁶⁴ Para um exame da divergência doutrinária sobre esse tema, cf. SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. *In: SCHREIBER, Anderson. Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 120-122.*

¹²⁶⁵ “*The oldest defense recognized by the common law was simply called ‘impossibility.’ In its original meaning impossibility formed an extremely narrow and rare exception to the stern maxim pacta sunt servanda. Nothing other than an ‘objective’ impossibility was recognized as an excuse. It was no defense to show that, subjectively, the promisor was unable to perform. It followed that no obligation to pay money, such as payment of rent or the price, could ever be excused, since monetary obligations are generic in nature and never ‘objectively’ impossible to perform. Given later developments that superseded this absolute view, any continued use of the old term ‘impossibility’ by the courts is at least anachronistic, if not quite misleading. Nevertheless, courts in some jurisdictions in the United States, including New York, still employ the term. The old notion of impossibility was later abandoned when courts began to recognize the somewhat more flexible and softened defenses called ‘impracticability of performance’ and ‘frustration of purpose.’ These defenses widened the boundaries of excused performance and recognized that even when a promised performance was literally possible, it might nevertheless be impractical or frustrated and ought to be excused.*” PALMER, Vernon. Excused Performances: Force Majeure, Impracticability, and Frustration of Contracts. *American Journal of Comparative Law*. V. 70, n. 1, p. 77-80, 2022, p. 71-72.

substancialmente frustrado, a segunda isenta de responsabilidade a parte cuja *performance* contratual restou impraticável por um evento superveniente.¹²⁶⁶

757. A doutrina da *frustration* tem origem na *common law* inglesa: um dos primeiros casos a tratar da possibilidade de extinção da obrigação em caso de alteração das circunstâncias contratuais foi *Paradine v. Jane*, em que o *King's Bench* decidiu, em 1647, que o aluguel é devido ainda que as terras sob arrendamento tenham sido invadidas por forças armadas.¹²⁶⁷

758. Mas foi somente em 1863 as cortes inglesas reconheceram, expressamente, a existência de uma doutrina de *frustration*.¹²⁶⁸ O *leading case* sobre o tema é *Taylor v. Caldwell*,¹²⁶⁹ em que a *Court of Queen's Bench* decidiu que o incêndio de um estabelecimento para shows resolvia o contrato de locação do imóvel, dado que a locatária havia sido frustrada do propósito do contrato.

759. O desenvolvimento da doutrina se deu nos Estados Unidos. Quando da elaboração do *Restatement (Second) of the Law of Contracts*, a ALI elaborou a Seção 265, que consolida a regra geral de *frustration* e afirma que “*when the contractual purpose is substantially frustrated by a supervening event, the party is discharged of any contractual obligation.*”

760. Já a doutrina da *impracticability* tem sua origem no direito positivo estadunidense – mais precisamente no §2-615 do *Uniform Commercial Code*, que afirma que não haverá inadimplemento se a entrega do bem objeto do contrato for considerada impraticável após a

¹²⁶⁶ “*The terms impossibility and impracticability will be used primarily to refer to cases in which a seller is adversely affected by the occurrence of an unexpected circumstance because that occurrence either makes her performance impossible or significantly increases her cost of performance. In contrast, the term frustration will be used primarily to refer to cases in which a buyer is adversely affected by the occurrence of an unexpected circumstance because the occurrence significantly diminishes the value of the seller's performance to the buyer.*” EISENBERG, Melvin. “Impossibility, Impracticability, and Frustration”. *Journal of Legal Analysis*, v. 1, n. 1, p. 210-211, 2009.

¹²⁶⁷ *Paradine v Jane* [1647] EWHC KB J5.

¹²⁶⁸ “*English law, by contrast, is normally assumed to have started with absolute liability, subject to no limit, and to have moved only after Taylor v. Caldwell to a position of strict liability up to the limit of frustration.*” MCKENDRICK, Ewan. *Force Majeure and Frustration of Contract*. 2nd. Ed. Nova York: Informa, 1995. p. 29.

¹²⁶⁹ *Taylor v Caldwell* [1863] EWHC QB J1.

ocorrência de um evento imprevisível.¹²⁷⁰ A regra foi depois estendida para outros contratos¹²⁷¹ pela §261 do *Restatement*.¹²⁷²

761. A aplicação prática destas teorias, contudo, encontra alguns obstáculos. O principal deles é a aplicação do remédio de isenção de responsabilidade em casos de *impracticability*.¹²⁷³ As cortes raramente escusam a performance da obrigação, preferindo ajustar o contrato e torná-lo mais economicamente viável para ambas as partes.¹²⁷⁴

762. O principal caso envolvendo *impracticability* no direito estadunidense, *Alcoa v. Essex Group*, é um exemplo desta problemática.¹²⁷⁵ Neste caso, a Alcoa concordou em fornecer alumínio para a Essex. Uma parte do preço de compra era baseada em um índice intitulado “*Wholesale Price Index*”, cuja variação negativa tornou a obrigação excessivamente onerosa para a Alcoa. A *US District Court for the Western District of Pennsylvania* decidiu, então, ajustar o preço do contrato para remunerar a Alcoa e manter a barganha praticamente intacta.¹²⁷⁶

¹²⁷⁰ §2-615. Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller [...] is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

¹²⁷¹ “Today, section 2-615 of the Uniform Commercial Code (the “U.C.C.” or the “Code”) sets the minimum requirements for excusing performance of contracts for the sale of goods. Section 261 of the *Restatement (Second) of Contracts*” adopts the U.C.C. test of impracticability for all other types of contracts. Both provisions require that the nonoccurrence of the contingency was a ‘basic assumption on which the contract was made.’ The Code has made no attempt to define or categorize those contingencies which entitle a party to claim impracticability. In their favor, it may be said that the drafters of the Code intentionally failed to name specific instances of discharge so that the courts would not be hampered by specificity.” WALTER, Paula. “Commercial Impracticability in Contracts”. *St. John's Law Review*, v. 61, n. 2, p. 227, 1987.

¹²⁷² §261. [W]here, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

¹²⁷³ “The doctrine of commercial impracticability is easy to state and difficult to apply.” WALT, Steven. “Expectations, Loss Distribution and Commercial Impracticability”. *Indiana Law Review*, v. 24, n. 1, p. 65, 1990.

¹²⁷⁴ “In conclusion, the formal doctrine of impracticability is cumbersome, clouded, and, in the end, a diversion. But courts in practice are doing better. They are responsive to the reality that the parties' agreement may not encompass the problem and that courts must fill the gap.” HILLMAN, Robert. “A Practical View of Impracticability”. *Cornell Law Forum*, v. 16, n. 2, p. 4, 1989.

¹²⁷⁵ *Alcoa v. Essex Group, Inc.* 499 F. Sup. 53 (1980).

¹²⁷⁶ A decisão foi bastante polêmica à época. Para um resumo das discussões doutrinárias sobre o caso, cf. HILLMAN, Robert. “Maybe Dick Speidel Was Right About Court Adjustment”. *San Diego Law Review*, v. 46, p. 595-607, 2009.

763. Um terceiro modelo é aquele previsto no direito alemão. O BGB adota um critério distinto para caracterização e regulação das situações de alterações das circunstâncias,¹²⁷⁷ denominada *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, ou “quebra das bases contratuais”.¹²⁷⁸ Tal regra está disposta no §313 do BGB.¹²⁷⁹ De acordo com este dispositivo, sempre que um evento altere as premissas básicas do contrato, pode a parte pleitear a renegociação ou a resolução do contrato, e, caso aquela não seja possível, buscar a resolução da avença.¹²⁸⁰

764. Na análise da ocorrência da chamada quebra das bases contratuais, leva-se em conta a utilidade retirada da avença pelas partes.¹²⁸¹ Segundo Karl Larenz, essa norma demanda do

¹²⁷⁷ “La disposition allemande est tout d’abord interprétée en ce sens qu’un changement important de circonstances ayant constitué le fondement du contrat est caractérisé lorsque celui-ci entraîne un déséquilibre entre la prestation et la contreprestation (Äquivalenzstörung). Ce déséquilibre renvoie aux situations dans lesquelles la prestation et la contre-prestation deviennent manifestement disproportionnées.” BIEN, Florian. “La Zweckstörung – Un Cas de Figure de l’Imprévision”. In: VIEIRA, Lacyr de Aguiar et al. *Mélanges en l’Honneur du Professeur Claude Witz*. Paris: Lexis Nexis, 2018, p. 83-84.

¹²⁷⁸ “Por ello no sería demasiado atrevimiento considerar la presuposición tomada en ese sentido, como base del negocio y elemento esencial, por consiguiente, para la existencia del mismo, aunque no se hubiera estipulado expresamente – cosa que raramente sucede en tales casos – que había de producir esos efectos. El incumplimiento o la desaparición de esta base dará, por lo general, al interesado en el negocio un derecho de resolución o de denuncia del mismo.” OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1933. p. 305.

¹²⁷⁹ §313. (1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration. (2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect. (3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1146. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²⁸⁰ “Subsection 1 states that adaptation of the contract can be demanded. The aggrieved party gets a claim for adjustment, it does not happen automatically and de iure. However, to simplify the process, the debtor can directly be sued for an already adjusted performance. The contract will have to be adapted just so that equitable results are reached again, no further and no les adjustment can be imposed. The original equivalence of the contractual obligation is to be reinstated. As a last resort, subsection 3 states that ‘if adaptation of the contract is not possible or cannot be expected of a party, the disadvantaged party can withdraw from the contract’. For long-term contracts, instead of the withdrawal, the debtor can unilaterally terminate the contract by notice. As a legal consequence of a withdrawal, all performance received must be restored to the other party. Termination, in contrast, leaves exchanged performances untouched; it only cancels the contract pro future.” RIDDER, Philip; WELLER, Marc-Philippe. “Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law”. *European Review of Private Law*, v. 22, n. 3, p. 341-344, 2014.

¹²⁸¹ “Paul Oertmann pretendeu dar o conceito de base ou fundamento do negócio, como representação mental de um dos figurantes do negócio jurídico no momento da conclusão, conhecida e não repelida pelo outro figurante, ou a representação comum deles no tocante à existência ou aparição de certas circunstâncias em que se baseie a vontade negocial.” NANNI, Giovanni. “Frustração do Fim do Contrato: Análise de seu Perfil Conceitual”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 23, n. 1, p. 43, 2020.

intérprete averiguar os interesse original das partes na avença,¹²⁸² incluindo o interesse havido por elas no contrato.

765. O modelo alemão é similar ao das fontes internacionais dos contratos comerciais transfronteiriços. Os Princípios do UNIDROIT utilizam a doutrina do *hardship* para regular as alterações de circunstâncias.¹²⁸³

766. Primeiramente, os Princípios claramente afirmam em seu artigo 6.2.1 que as partes devem performar, mesmo diante da onerosidade.¹²⁸⁴ Assim, a parte sempre estará vinculadas às suas obrigações no contrato, mesmo em situações de *hardship*.¹²⁸⁵

767. Por outro lado, quando uma das partes é atingida por evento imprevisível que altera fundamentalmente o equilíbrio do contrato, ela encontra-se em situação de *hardship* para os fins do artigo 6.2.2.¹²⁸⁶ Os Princípios provêm, portanto, uma regra razoavelmente objetiva:

¹²⁸² “Anteriormente, hemos demostrado que el criterio decisivo es el de que el mantenimiento del contrato no está justificado cuando este ha perdido su sentido originario. La norma a la que hay que atenerse para tener o no en cuenta la transformación de las circunstancias es por tanto una norma inmanente, situada em el propio contrato: el sentido unánimemente atribuido por las partes o el fin objetivo del contrato.” LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 173

¹²⁸³ “Article 6.2.2 UPICC defines hardship in the following terms: ‘There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished [...]’. As for an increase in the cost of performance, the decrease in value of the counterperformance must also be capable of objective measurement; a mere change in the personal opinion of the receiving party as to the value of the performance is of no relevance. The hardship concept differs from the force majeure excuse with regard to the legal consequences. Unlike force majeure, hardship does not operate as an excuse for non-performance and damages. The occurrence of a fundamental alteration of the equilibrium of the contract does not render performance physically impossible, though it may render performance impracticable under the terms of the contract as originally agreed upon. It therefore requires flexible legal consequences.” BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Nonperformance in International Arbitration*. Nova York: Kluwer Law International, 2008, p. 399.

¹²⁸⁴ Art. 6.2.1. Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

¹²⁸⁵ “The purpose of this Article is to make it clear that as a consequence of the general principle of the binding character of the contract (see Article 1.3) performance must be rendered as long as it is possible and regardless of the burden it may impose on the performing party. In other words, even if a party experiences heavy losses instead of the expected profits or the performance has become meaningless for that party the terms of the contract must nevertheless be respected.”. Cf. UNIDROIT. *Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²⁸⁶ Art. 6.2.2 There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

eventos que alteram fundamentalmente o equilíbrio de um contrato são os que aumentam o custo da performance ou reduzem o valor da prestação.¹²⁸⁷

768. Mas não é qualquer distúrbio que satisfaz o *standard* do artigo 6.2.2. Apenas aquelas circunstâncias *substanciais* serão cobertas pela regra do *hardship*.¹²⁸⁸ Logo, a norma claramente dispõe de que o evento tem que alterar *substancialmente* o equilíbrio do contrato de modo a tornar a prestação pouco (ou nada) útil para uma das partes.¹²⁸⁹

769. A relevância da regra de *hardship* contida nos Princípios do UNIDROIT é maximizada se levada em consideração casos de compra e venda internacional regulada pela CISG. A CISG não possui regras específicas sobre alteração das circunstâncias nos contratos de compra e

¹²⁸⁷ “a. Increase in cost of performance. In practice a fundamental alteration in the equilibrium of the contract may manifest itself in two different but related ways. The first is characterised by a substantial increase in the cost for one party of performing its obligation. This party will normally be the one who is to perform the non-monetary obligation. The substantial increase in the cost may, for instance, be due to a dramatic rise in the price of the raw materials necessary for the production of the goods or the rendering of the services, or to the introduction of new safety regulations requiring far more expensive production procedures. b. Decrease in value of the performance received by one party. The second manifestation of hardship is characterised by a substantial decrease in the value of the performance received by one party, including cases where the performance no longer has any value at all for the receiving party. The performance may relate either to a monetary or a non-monetary obligation. The substantial decrease in the value or the total loss of any value of the performance may be due either to drastic changes in market conditions (e.g. the effect of a dramatic increase in inflation on a contractually agreed price) or the frustration of the purpose for which the performance was required (e.g. the effect of a prohibition to build on a plot of land acquired for building purposes or the effect of an export embargo on goods acquired with a view to their subsequent export). Naturally the decrease in value of the performance must be capable of objective measurement: a mere change in the personal opinion of the receiving party as to the value of the performance is of no relevance. As to the frustration of the purpose of the performance, this can only be taken into account when the purpose in question was known or at least ought to have been known to both parties.” Cf. UNIDROIT. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²⁸⁸ “Since the general principle is that a change in circumstances does not affect the obligation to perform (see Article 6.2.1), it follows that hardship may not be invoked unless the alteration of the equilibrium of the contract is fundamental. Whether an alteration is “fundamental” in a given case will of course depend upon the circumstances.” Cf. UNIDROIT. Comentários Oficiais aos Princípios do UNIDROIT. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹²⁸⁹ “In general, it will be straightforward task for a contracting party to show that the cost of performance has increased or that the value of performance has diminished. The difficulty will lie in satisfying the requirement that the alteration of the equilibrium of the contract was ‘fundamental’. [...] ‘Fundamental’ seem to impose a higher threshold than these alternatives and it tends to confirm the point made in relation to Art. 6.2.1, namely that the doctrine of hardship will operate within narrow limits.” MCKENDRICK, Ewan. “Article 6.2.2”. In: VOGENAUER, Stefan (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 815.

venda internacional de mercadorias.¹²⁹⁰ Logo, há quem defenda a noção de que a CISG não governa esse assunto, levando-o para o domínio do direito contratual doméstico.¹²⁹¹

770. Essa perspectiva, contudo, vai de encontro à lógica da Convenção: se o *hardship* está relacionada à performance das obrigações contratuais, o tema não se encontra excluído do escopo da CISG.¹²⁹² Esse fato faz com que parte da doutrina entenda que o tema é governado e resolvido pelo artigo 79 da Convenção.¹²⁹³ Todavia, essa ótica traz, consigo, alguns problemas práticos.

771. Primeiro, o artigo 79(5) da CISG¹²⁹⁴ não torna a parte isenta de performar, apenas a escusa da responsabilidade pelos danos.¹²⁹⁵ Segundo, o *standard* de aplicação do artigo 79(1)

¹²⁹⁰ “It is evident that there is no mention of “hardship” or economic difficulty in this provision.” KUSTER, David; ANDERSEN, Camilla Baasch. “Hardly Room for Hardship – A Functional Review of Article 79 of The CISG”. *Journal of Law and Commerce*, v. 35, n. 1, p. 2, 2016.

¹²⁹¹ “Art. 79 CISG must be interpreted as excluding the possibility of relying on hardship as an exemption from liability for non-performance. This derives not only from an interpretation of the ordinary meaning of Art. 79 in its context and in light of its object and purpose (as mandated by Art. 31 VCLT), but also from the recourse to supplementary means of interpretation and, more particularly, the CISG’s legislative and drafting history (in conformity with Art. 32 VCLT).” PETSCHKE, Markus. “Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)”. *Vindobona Journal of International Commercial Law*, v. 19, n. 2, p. 166-167, 2015. Nesta mesma linha, cf. AUDIT, Bernard. *La vente internationale de marchandises: Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*. Paris: L.G.D.J., 1990, p. 174.

¹²⁹² Examinando o Artigo 4º da CISG, Ingeborg Schwenzer e Pascal Hachem afirmam que: “The concept of hardship relates to situations where after the conclusion of the contract the surrounding circumstances change dramatically so as to make performance of the contract appear overly burdensome for the debtor.”, concluindo que o tema é governado pela CISG. SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. “Article 4”. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. 4ª Ed. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 90-91. Nesta mesma linha: “No court has adopted the alternative of finding a gap in the Convention and then filling that gap with national legal rules on hardship.” WINSHIP, Peter. Exemptions under article 79 of the Vienna Sales Convention. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 68, n. 3, 2004, p. 509.

¹²⁹³ “Today, however, it is more or less unanimously accepted in court and arbitral decisions, as well as in scholarly writings, that Article 79 of the CISG does cover hardship situations.” SCHWENZER, Ingeborg; MUÑOZ, Edgardo. “Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship”. *Uniform Law Review*, v. 24, n. 1, p. 152-153, 2019.

¹²⁹⁴ Art. 79(5) As disposições deste artigo não impedem as partes de exercer qualquer outro direito além da indenização por perdas e danos nos termos desta Convenção.

¹²⁹⁵ “Article 79(5) makes clear that this means the party is not liable in damages for failing to perform its duties. Nothing in Article 79 permits judicial imposition of ‘adjusted’ (modified) contract terms.” FLECHTNER, Harry. “Uniformity and Politics: Interpreting and Filling Gaps in the CISG”. In: MANKOWSKI, Peter; WURMNEST, Wolfgang (ed.). *Festschrift Für Ulrich Magnus*. Munique: Sellier, 2014, p. 201. Mesmo Aqueles que defendem a aplicação do artigo 79 para questões de *hardship* reconhecem a necessidade de suplementação de suas regras pelos Princípios do UNIDROIT ou por outros princípios encontrados no próprio texto da Convenção: “Within the scope of application of the CISG, hardship situations are therefore to be examined under the force majeure exemption of Article 79. This, however, does not mean that the legal consequences of Article 79 CISG should inflexibly be applied to such situations. In cases where the equilibrium of the contract is fundamentally altered, making performance excessively onerous for the obligor, courts should have the power to apply the legal consequences of Article 6.2.3(4) UPICC instead of simply excusing the obligor according to Article 79(5) CISG.” BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Nonperformance in International Arbitration*. *Op. Cit.*, p. 217-

exige um impedimento.¹²⁹⁶ Pode-se argumentar que os fatores de alteração das circunstâncias contratuais não são impedimentos para performance,¹²⁹⁷ como demanda o dispositivo.¹²⁹⁸

772. Uma lógica mais persuasiva reconhece que o tema é governado (mas não resolvido) pela CISG, demandando sua integração, na forma dos artigos 7(1) e (2) da Convenção.¹²⁹⁹ Esses dispositivos autorizam o uso dos Princípios do UNIDROIT para suprir a Convenção, na medida em que os Princípios suportam e esclarecem o fundamento axiológico da CISG.¹³⁰⁰

218. Nesta mesma linha, cf. CISG Advisory Council Opinion n° 20. Rapporteur: Professor Doctor Edgardo Muñoz (2020), §9.1., onde se lê: “*Article 79(5) CISG relieves the disadvantaged party only from the obligation to pay damages. Other CISG principles, including reasonableness of performance (Articles 46 and 48 CISG) and the need to interpret in good faith the remedies available to the parties (Article 7(1) CISG) may also have an impact on releasing the disadvantaged party from its obligation to perform the contract while the impediment exists. Among the remedies not affected by an exemption under Article 79 CISG are the other party’s right to suspend performance (Art. 71 CISG), reduce the contract price (Art. 50), avoid the contract (Arts. 48(1) and 64(1) CISG) or any of its installments (Art. 73 CISG), claim interest (Art. 78 CISG) or expenses incurred in the preservation of the goods (Arts. 85 and 86 CISG).*”

¹²⁹⁶ Art. 79(1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências.

¹²⁹⁷ “*The word ‘impediment’ is all that emerged in the end from a lengthy attempt to escape from the elasticity and imprecision (discussed above) of the ULIS requirement that non-performance be ‘due to circumstances...’ and to formulate some more certain and objective criterion. A requirement that performance should be simply ‘impossible’ would meet the case if the word were interpreted as it would be in the Common law, but the ‘exemption’ would then be extremely narrow; and in any event the objection was made that German courts would probably give it the meaning, familiar in their own law, of ‘economic impossibility.’*” NICHOLAS, Barry. Force Majeure and Frustration. *American Journal of Comparative Law*, V. 27, n. 2/3 (1979), p. 240. Nesta mesma linha, cf. NICHOLAS, Barry. “Impracticability and Impossibility in the U.S. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. In: GALSTON, Nina; SMIT, Hans (ed.). *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova York: Matthew Bender, 1984, p. 5-13.

¹²⁹⁸ “*UNCITRAL faced this issue and replaced ‘circumstances’ by ‘impediment’, a word that (like ‘obstacles’) implies a barrier to performance, such as delivery of the goods or transmission of the price rather than an aspect personal to the seller’s performance. This decision that exemption applies only to impediments that prevent performance (as contrasted with circumstances that lead to defective performance) is supported by the language of paragraph (4): ‘The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment...’, a requirement that would be absurd in connection with the delivery of goods with a hidden defect.*”

¹²⁹⁹ “*In our view, the CISG is not complete and the drafters have wisely provided a mechanism to supplement its provisions. This mechanism is to be found in Article 7(2) (without forgetting that the entire Convention is based on good faith as provided in Article 7(1)).*” KASSEDJIAN, Katherine. “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”. *International Review of Law and Economics*, v. 25, n. 3, p. 418, 2005.

¹³⁰⁰ Cf. CISG Advisory Council Opinion n° 7. Rapporteur: Professor Alejandro Garro (2007), §3.2: “*In a situation of hardship under Article 79, the court or arbitral tribunal may provide further relief consistent with the CISG and the general principles on which it is based.*” Nesta linha, cf. VENEZIANO, ANNA. “UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court”. *Uniform Law Review*, v. 1, p. 141, 2010, onde se lê: “*There is, however, an intermediate position between the two just mentioned, which in my opinion is more convincing. According to this view, the Principles may be used to supplement the CISG only as long as they help clarifying or supporting already existing principles underlying the CISG.*”

773. Nesta toada, as cortes belgas reconhecem que os Princípios do UNIDROIT podem ser usados de forma subsidiária à CISG no que tange à regra sobre *hardship*.¹³⁰¹ Estes precedentes autorizam a parte inadimplente a requerer a renegociação ou adaptação do contrato.¹³⁰²

774. Portanto, pode-se afirmar que tanto as normas do direito doméstico quanto as do direito do internacional reconhecem a promoção do equilíbrio contratual em situações de alteração de circunstâncias como regra basilar do direito dos contratos. Entretanto, como vimos, a forma como a promoção do equilíbrio contratual em casos de alteração das circunstâncias se dá é bastante diferente nos diversos ordenamentos jurídicos analisados.

775. A primeira distinção é quanto ao critério de verificação do desequilíbrio. Essa diferença pode ser categorizada em *standards* baseados em equidade¹³⁰³ e *standards* fundados

¹³⁰¹ Cf. *Tongeren, Belgium Scafom International BV & Orion Metal BVBA v. Exma CPI SA*, Disponível em: cisgw3.law.pace.edu/cases/050125b1.html. Acesso em: 16 abr. 2023. 14 abr. 2023; e *Belgium Scafom International v. Lorraine Tubes S.A.S.*, Disponível em cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹³⁰² Examinando esses casos, Siegfried Eiselen afirma que: “*Although the implications of this decision could be far reaching, it seems to be consistent with provisions 3.1 and 3.2 of the CISG Advisory Council Opinion No 7.*” EISELEN, Siegfried. *Commentary on Hardship and the CISG*. Disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/case/belgium-june-19-2009-cour-de-cassation-supreme-court-scafom-international-bv-v-lorraine>. Acesso em: 16 abr. 2023. Em sentido contrário, cf. FLECHTNER, Harry M. The “Exemption Provisions of the Sales Convention, including Comments on ‘Hardship’ Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court”. *Legal Studies Research Paper Series Working Paper No. 2011-09*, p. 1-15. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=870067088114087015018088092066067108058045018002021023103089072113114122022086080007037114118031122002109096126086020008088095057019039084049120097077079112019028004022023000125023094104080094019016079066075091019118095119024116006118121084025031096&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em: 16 abr. 2023. 14 abr. 2023, onde se lê: “*I admire the substance of the UNIDROIT Principles, as I have publically declared in the past. But, as I have also publically declared, I do not agree that they can legitimately used to supplement the CISG. The Sales Convention -- which is actual law, and on the basis of whose actual text the Contracting States bound themselves to it -- specifies in Article 7(2) how it is to be supplemented when gaps in its coverage appear. The rule in Article 7(2) requires those applying the Convention to look within its provisions to determine its general principles, not to look outside the Convention to determine general international law principles, especially ones that, like the UNIDROIT Principles, are expressly based on sources beyond the CISG.*”

¹³⁰³ Tratando especificamente da Teoria da Imprevisão, Solène Rowan afirma que “*The introduction of Article 1195 is intended to promote ‘contractual justice’ (justice contractuelle). It does so by allowing the parties to correct serious imbalances that arise during the life of their contract.*” ROWAN, Solène. “The New French Law of Contract”. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 66, n. 4, p. 820, 2017, p. 820. Sobre a Teoria da Onerosidade Excessiva, Miguel Reale afirma que: “*Por outro lado, firme consciência ética da realidade socioeconômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução equitativa, bem como as regras sobre resolução dos negócios jurídicos em virtude de onerosidade excessiva, às quais vários dispositivos expressamente se reportam, dando a medida do propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidade sociais. É um dos tantos exemplos de atendimento da ‘socialidade’ do Direito.*” REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

em critérios econômicos.¹³⁰⁴ Tal distinção carrega os valores fundamentais dos dois grandes sistemas jurídicos;¹³⁰⁵ Enquanto os países de cultura latina tendem a observar normas e regras mais orientadas para a equidade,¹³⁰⁶ a cultura jurídica anglo-saxã, oriunda do exercício pretoriano, resulta, em última instância, em um sistema normativo mais pragmático.¹³⁰⁷

776. Essa distinção não se translada para o plano internacional.¹³⁰⁸ A intenção por trás do artigo 6.2.2. dos Princípios do UNIDROIT, por exemplo, não é tão clara. De início, poder-se-ia imaginar que sua particular preocupação seria com a equidade: o uso do termo "*equilíbrio do contrato*" indica, em um primeiro olhar, um olhar mais detido sobre a justiça das prestações. Contudo, a mesma regra prevê um teste de aplicação com viés econômico,¹³⁰⁹ baseado na perda da utilidade do contrato por pelo menos uma das partes.¹³¹⁰

¹³⁰⁴ "An easy case for discharge would be one where (1) the promisor asking to be discharged could not reasonably have prevented the event rendering his performance uneconomical, and (2) the promisee could have insured against the occurrence of the event at lower cost than the promisor because the promisee (a) was in a better position to estimate both (i) the probability of the event's occurrence and (ii) the magnitude of the loss if it did occur, and (b) could have self-insured, whereas the promisor would have had to buy more costly market insurance." POSNER, Richard; ROSENFELD, Andrew. "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis". *Op. Cit.*, p. 92.

¹³⁰⁵ "É há muito reconhecido que os sistemas jurídicos não se encontram todos no mesmo plano, antes existe um certo número deles que operam como 'centros de irradiação', a partir dos quais os restantes se foram autonomizando, constituindo com eles como que uma família. É neste símile que radica a tendência, que logrou afirmar-se na literatura de Direito Comparado sobretudo a partir dos meados do século pretérito, para recorrer ao conceito de família jurídica a fim de designar um conjunto de sistemas jurídicos que possuem afinidade entre si." VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018. v. 1. p. 57-58.

¹³⁰⁶ "Esta família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e moral." DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. *Op. Cit.*, p. 23.

¹³⁰⁷ "A common law foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem. A regra de direito da common law, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro." DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. *Op. Cit.*, p. 24-25.

¹³⁰⁸ A Teoria da Quebra das Bases alemã, que inspirou a regra contida nos Princípios, pode ser categorizada como um meio termo entre os dois sistemas; enquanto seu caráter pragmático a aproxima das regras da *common law*, sua preocupação com a expectativa das partes a localiza na vizinhança dos demais sistemas de direito civil.

¹³⁰⁹ "Whether a disequilibrium may be considered as 'fundamental' or 'excessively onerous' will depend on the facts of each particular case. In view of the goal of legal security, the main criterion should be as objective as possible, ideally expressed in a percentage or other measurable figures." GIRSBERGER, Daniel; ZAPOLSKIS, Paulius. "Fundamental Alteration of The Contractual Equilibrium under Hardship Exemption". *Jurisprudence*, v. 19, n. 1, p. 125, 2012.

¹³¹⁰ Michel Fontaine afirma que os Princípios reconhecem, em seu bojo, que o *hardship* se fundamenta na perda da utilidade, apesar desse parâmetro não se encontrar gravado no texto da norma "Du point de vue négatif, une première critique est que la définition de la notion de hardship se trouve trop axée sur le déséquilibre des prestations, que n'est que l'une des hypothèses du phénomène. L'autre hypothèse, celle où le contrat per totum son utilité économique pour l'une des parties, sans être nécessairement déséquilibré, n'est pas visée par le texte, bien que le commentaire y fasse plusieurs allusions." FONTAINE, Michel. *Les Dispositions Relatives*

777. A segunda distinção presente no direito comparado do reequilíbrio contratual diz respeito aos remédios para situações de alteração de circunstâncias: (i) resolução do contrato, isentando a parte afetada pelo fator superveniente de qualquer responsabilidade civil; e (ii) adaptação do contrato para as novas circunstâncias econômicas, beneficiando a parte afetada e, ao mesmo tempo, evitando causar maior prejuízo a parte oposta.

778. Todavia, esses dois remédios clássicos podem não ser os mais eficientes para preservar a eficiência e a segurança jurídica. A resolução do contrato é o remédio mais comum nos ordenamentos que adotam *standards* de equidade no equilíbrio contratual. Contudo, esta regra aloca o risco (e custo) do evento extracontratual à parte inadimplida. Simplesmente resolver o contrato remove a utilidade do negócio jurídico para a partes que não foi afetada pela circunstância externa.¹³¹¹ Em termos de eficiência de Pareto, esse resultado é ineficiente, pois uma das partes se beneficiou, enquanto a outra se prejudicou.

779. Por exemplo, em um contrato entre A (mutuante) e B (mutuário) envolvendo o mútuo de \$1 milhão para o desenvolvimento de um projeto específico. Se um evento imprevisível afetar o mercado de maneira que o valor do projeto caia para \$500 mil, resolver o contrato extrairá a utilidade da transação para A, favorecendo B, que não mais precisará financiar um projeto cujo valor foi reduzido, mas que ainda poderia ter alguma utilidade econômica.

780. Neste cenário, o que se tem é uma permissão para que B evite riscos inerentes ao contrato celebrado. Ao mesmo tempo, este cenário retira completamente a utilidade da transação para A, pois, este não só não receberá o benefício do contrato – no caso, os juros do mútuo –, como terá que incorrer em custos adicionais de litígio caso queria acionar B.

au Hardship et à la Force Majeure. In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão : Giuffrè, 1997, p. 188.

¹³¹¹ “The seller’s procurement risk is mirrored by the buyer’s utility risk. The latter may not refuse to take delivery of the goods because, due to bad economic circumstances, he can no longer resell them or no longer resell them at the calculated price. Also, the buyer may not argue that he no longer has any use for the goods or that more modern and better products are available on the market.” SCHWENZER, Ingeborg. Article 79. In.: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. 4th ed. Nova York: Oxford University Press, 2015, p. 1.143. Nesta mesma linha: “Parallel to the procurement risk of the seller, the buyer is burdened with the utility risk, namely the risk of not being able to use the goods as planned at contract conclusion. Even if the goods are later available on the market for a better price, more developed versions have been put into circulation, or the import or export regulations have changed so to hinder the buyer from reselling the goods on the intended market, he cannot escape the original sales contract”. KRÖLL, Stefan et al. (ed.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods – A Commentary*. Op. Cit., p. 43.

781. Esse resultado é igualmente ruim, da perspectiva da segurança jurídica. A parte inadimplida não tem a expectativa de arcar, integralmente, com os riscos decorrentes dos eventos extracontratuais.¹³¹² Menos ainda nos contratos relacionais, onde a sua natureza cooperativa e colaborativa impõe as partes a obrigação – e, muitas vezes, o dever – de buscar soluções benéficas para ambas as partes.¹³¹³

782. O segundo remédio sob escrutínio é a possibilidade de as cortes adaptarem o contrato. Esse remédio é amplamente disponível nos países da *common law*. Esta regra é diametralmente oposta à regra da resolução contratual. Ela não busca alocar o risco em uma das partes, mas sim distribuir o risco entre ambas,¹³¹⁴ de modo a manter a avença original e proteger o interesse mútuo previsto no contrato.¹³¹⁵

783. Todavia, a adaptação pode afetar, severamente, os custos de transação.¹³¹⁶ A razão é simples: uma vez que a corte ou tribunal adapta o contrato, há o potencial de alterar o poder de

¹³¹² “Of course, many long-term contractual relations are recognized (by outsiders, if not always by the participants) as vulnerable to traumatic termination. Small businesses, branch plant operations of large businesses, and in part, marriages, clubs, and many franchises, serve as illustrations. Depending in part on the relations themselves and in part on such external factors as their importance to the community and the political heft of various of their participants, their termination may or may not be treated by the legal system in relational ways, procedurally or substantively. 139 To the extent that they are treated relationally, their terminations will be similar to those massive contractual relations that had not been expected to end at all.” MACNEIL, Ian. “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law”. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6, p. 899, 1977-1978.

¹³¹³ “Within these constraints, the rules that can fairly be said to be proposed in the relational-contract literature include the following: [...] Rules that would treat relational contracts like partnerships, in the sense that such contracts involve mutual enterprise and should be construed in that light.” EISENBERG, Melvin. “Relational Contracts”. In: BEATSON, Jack; FRIEDMAN, Daniel (ed.) *Good Faith and Fault in Contract Law*. Nova York, Oxford University Press, 1997, p. 299.

¹³¹⁴ “An independent justification exists, however, for an adjustment duty in some cases in which the evidence is insufficient to find an express or implied agreement to adjust. The duty is based on the desirability of requiring the parties to share unallocated losses.” HILLMAN, Robert. “Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law”. *Duke Law Journal*, v. 1987, n. 1, p. 15, 1987. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1372502>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹³¹⁵ “The formula for equitable adjustment in frustration cases is usually stated in terms which indicate that the court should attempt to arrange the rights and duties of the parties in a manner similar to that which the parties themselves, as reasonable men, probably would have provided had they considered the possibility of the supervening event.” CHAPMAN, T. Ward. “Frustration of Purpose”. *Michigan Law Review*, v. 59, n. 1, p. 119, 1960.

¹³¹⁶ “In the modification context, these dynamic efficiency considerations adopt an *ex ante* perspective, rather than the *ex post* perspective implicit in the static efficiency considerations. Adopting the former perspective, rules that impose no constraints on recontracting may increase the overall costs of contracting by creating incentives for opportunistic behavior in cases where “holdup” possibilities arise during contract performance. As well, even where a genuine change has occurred in the economic environment of the contract between the time of formation and the time of modification such that, in the absence of modification, one party faces an increase in the costs of performance relative to expectations at the time of contract performance, allowing recontracting may facilitate the reallocation of initially efficiently assigned risks.” AIVAZIAN, Varouj *et al.* *The Law of Contract Modifications: The Uncertain Quest for a Benchmark of Enforceability*. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 22, n. 2, p. 201, 1993.

barganha.¹³¹⁷ No contexto de um litígio, uma vez que a corte de primeira instância ou o tribunal arbitral adapte o contrato, ela dará a parte beneficiada maior *leverage* na negociação de um acordo, o que pode aumentar os custos do litígio.

784. Outra preocupação – esta que afeta, fundamentalmente, a segurança jurídica – é com relação aos parâmetros que as cortes e tribunais devem adotar ao adaptar o contrato. Não há, no direito comparado, indicativos objetivos de quais *standards* devem ser utilizados por juízes e árbitros aos contratos internacionais.¹³¹⁸ Ademais, uma corte ou tribunal não são usualmente equipados para examinar as (complexas) implicações práticas da revisão contratual.¹³¹⁹ Corre-se o risco, portanto, de dar ao adjudicador demasiada discricionariedade em situações de, tornando o resultado do exercício hermenêutico imprevisível

785. Há, contudo, uma terceira opção. O artigo 6.2.3.¹³²⁰ dos Princípios do UNIDROIT oferece um remédio de dois níveis: cortes e tribunais arbitrais podem (i) remeter as partes para renegociação sobre o seu contrato; e, (ii) caso tal acordo falhe, adaptar (ou resolver) o contrato.¹³²¹

¹³¹⁷ Foi exatamente o que aconteceu em *Alcoa v. Essex Group, Inc.* 499 F. Supp. 53 (1980). Nesse caso, a Alcoa havia celebrado um contrato para produção de alumínio para a Essex. Durante a crise do petróleo dos anos 1970, os preços de energia escalaram, levando a Alcoa a verificar que a performance do contrato seria prejudicial para si. Com base na doutrina da *commercial impracticability*, a Alcoa ajuizou ação perante a S. District Court for the Western District of Pennsylvania requerendo a adaptação do contrato. A corte de primeira instância concedeu o pedido, o que levou a Essex a recorrer. Antes da apelação ser julgada, as partes entraram em um acordo. Entretanto, caso a corte de primeira instância tivesse retornado as partes à renegociação ao invés de adaptar o contrato, o acordo poderia ter sido atingido sem a necessidade do recurso às cortes de segunda instância.

¹³¹⁸ “*This attitude is reinforced by the fact that none of the theories proposing to permit deviation from express terms of the contract seems to offer a sharply defined and predictable standard by which the permissibility of such deviation can be judged.*” SMIT, Hans. “Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation”. *Columbia Law Review*, v. 58, n. 3, p. 288, 1958.

¹³¹⁹ “*Moreover, a court or tribunal is often not able to understand all of the practical implications of an adaptation problem to the extent necessary for rewriting a complex contract for the parties*” HORN, Norbert. “Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce”. In: HORN, Norbert (ed.). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*. Frankfurt: Kluwer, 1985, p. 189

¹³²⁰ Art. 6.2.3. (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

¹³²¹ “*Hardship alone never forgives non-performance. It instead compels renegotiation and authorizes courts to ‘adapt’ (reform) the contract to take the hardship into account.*” PERILLO, Joseph. “Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review”. *Fordham Law Review*, v. 63, n. 2, p. 300, 1994. Nesta mesma linha, cf: PERILLO, Joseph. “Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, New Orleans, v. 5, p. 21, 1997.

786. Outras fontes internacionais do direito dos contratos comerciais internacionais seguem a mesma linha. Os PECL, por exemplo, adotam o mesmo remédio no seu artigo 6:111.¹³²² Além disso, a Diretiva Europeia que promulgou o Instrumento Opcional para Venda de Mercadorias, que atualiza o Direito Comunitário Europeu sobre compra-e-venda e mercadorias, também positiva regra similar em seu artigo 89.¹³²³

787. Referir as partes para renegociação é uma ferramenta eficaz para manter o poder de barganha intacto, protegendo, assim, a alocação de riscos original. Poder-se-ia argumentar, até

¹³²² Article 6:111: Change of Circumstances (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.

¹³²³ Article 89(1) A party must perform its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished. Where performance becomes excessively onerous because of an exceptional change of circumstances, the parties have a duty to enter into negotiations with a view to adapting or terminating the contract. 2. If the parties fail to reach an agreement within a reasonable time, then, upon request by either party a court may: (a) adapt the contract in order to bring it into accordance with what the parties would reasonably have agreed at the time of contracting if they had taken the change of circumstances into account; or (b) terminate the contract within the meaning of Article 8 at a date and on terms to be determined by the court. 3. Paragraphs 1 and 2 apply only if: (a) the change of circumstances occurred after the time when the contract was concluded; (b) the party relying on the change of circumstances did not at that time take into account, and could not be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances; and (c) the aggrieved party did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances. 4. For the purpose of paragraphs 2 and 3 a 'court' includes an arbitral tribunal.

de forma persuasiva, que obrigar as partes a renegociar pode ser ineficiente, na medida em que há um potencial risco moral¹³²⁴ que pode vir a afetar a relação contratual.¹³²⁵

788. No entanto, não é este o caso. A verdade é que atrelar a obrigatoriedade de renegociar à possibilidade de revisão do contrato é uma ferramenta eficaz na proteção dos interesses das partes em situações de circunstâncias imprevisíveis.

789. Enviar as partes para a renegociação antes de qualquer decisão não só reduz custos de transação, como preserva as suas legítimas expectativas ao dar às partes o poder de readaptar sua avença. Mas simplesmente reenviar as partes para renegociação pode não ser suficiente; obrigar as partes a renegociar não garante, *per se*, a eficácia da renegociação. Qualquer das partes pode simplesmente boicotar as tentativas, ou engajar em negociações sem a boa-fé necessária para que o empreendimento seja bem-sucedido.¹³²⁶

¹³²⁴ “Renegotiation, however, creates a moral hazard in addition to the obligee's indifference: The obligee may actually threaten to exacerbate damages unless the obligor purchases his cooperation at a premium. For instance, Buyer might engage in opportunistic behavior to extract the full "value" of his cooperation in adjusting to the strike. He could accomplish this goal by foot dragging, by inflating the estimates of mitigation costs, or by manifesting any other sign of reluctance to cooperate. Of course, Seller has analogous motives to induce Buyer's cooperation at minimum cost, perhaps by exploiting the potential for evasion as an implicit or explicit threat. Would strategic behavior affect renegotiations more than original negotiations? Although both situations involve carving up gains from trade, renegotiations will provoke more costly strategies if parties have become "contractually specialized" and face substantially restricted alternate arrangements. At best, renegotiations impose significant transaction costs on the parties. Especially when opportunism magnifies them, renegotiation costs tend to impede readjustments that offer potential benefits for both parties. Parties will hesitate to trade information necessary for readjustments if bargaining over such transfers may itself alert the potential buyer to all or part of the very information that one might wish to "sell." Moreover, even when the parties ultimately achieve cooperative readjustment, the associated renegotiation costs remain a dead-weight loss reducing the potential benefits of the contractual relationship.” GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. “The Mitigation Principle: Toward A General Theory of Contractual Obligation”. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 6, p. 982, 1993.

¹³²⁵ “Pour autant, chacun sait qu'elles n'obligent pas les parties au succès: si ces dernières sont bien tenues de débiter la négociation, elles ne supportent ensuite qu'une obligation de moyens. Il en résulte que l'apparition du différend peut n'être que différée. Mal conduites, négociations auront même l'effet inverse et envenimeront la relation contractuelle.” OUDIN, Federica; OUDIN, Martin. “La Technique Contractuelle au Service de la Prévention des Différends”. In: ANCEL, Marie-Elodie et al. (org.). *Le Droit à l'Épreuve des Siècles et des Frontières : Mélanges en l'Honneur du Professeur Bertrand Ancel*. Paris/Madrid : LGDJ, 2018, p. 1.253

¹³²⁶ “In bona fide cases of hardship. Article 6.2.3(1) of the PICC 2004, Article 6:111(2) of the PECL 1999 as well as Article III-1:110(3)(d) of the DCFR 2008 first state an obligation to renegotiate. The ICC's Hardship Clause 2003 likewise provides that the parties are bound to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the changed circumstances within a reasonable time of the invocation of the Clause. This duty to renegotiate is seen to be based on a general duty to act in good faith which is common to many civil law systems.” SCHWENZER, Ingeborg. “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”. *Victoria University of Wellington Law Review*. V. 39, n. 4, p. 721, 2008.

790. Mas o fato de a corte ou o tribunal arbitral ter o poder final de adaptar ou resolver o contrato deve incentivar as partes a buscar, de fato, o acordo.¹³²⁷ Nenhum comerciante quer ter seus contratos revisados por um adjudicador desconectado com as realidades do contrato e da indústria na qual ele pertence.¹³²⁸ Logo, a adaptação (e a resolução, nesta mesma linha) funciona, aqui, como ferramenta de incentivo – uma espécie de espada de Dâmocles, que pende sobre a cabeça das partes durante a negociação.¹³²⁹

791. Portanto, ter ambos os instrumentos (renegociação e adaptação/resolução) neste mecanismo é, na realidade, a característica que contrasta este remédio dos demais previstos na legislação comparada.¹³³⁰ Esse procedimento em estágios é não só eficaz, como também bastante seguro na cura de situações de alteração de circunstâncias, particularmente no comércio internacional, onde proteger a expectativa das partes é remédio chave contra as incertezas das transações transfronteiriças.¹³³¹

¹³²⁷ “*Come il rischio di una pronuncia di risoluzione del contratto o la prospettiva di un suo adattamento da parte all’organo giudicante costituisce un forte stimolo per le parti a ricercare un accord diretto*”. BERNARDINI, Piero. “Hardship e Force Majeure”. In: BONELLI, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão : Giuffrè, 1997, p. 211.

¹³²⁸ “*Business people should carefully consider whether a choice-of-law reference to the UNIDROIT Principles would reduce or increase the uncertainty that inevitably surrounds any commercial transaction.*” HILL, Richard. “A Businessman’s View of the UNIDROIT Principles”. *Journal of International Arbitration*, v. 13 n. 2, p. 163-168, 1996.

¹³²⁹ “*As to the legal effects of hardship, Art. 6.2.3 UPICC places the parties in the driver’s seat and entitles the aggrieved party to request renegotiation from the other side. Only if these renegotiations have failed, either party may ask the court or arbitral tribunal to terminate the contract or adapt it to the changed circumstances, whatever that court or tribunal deems more reasonable in a given case in the exercise of the wide discretion granted to it. If a court or arbitral tribunal is called upon to adapt the contract, it must take the nature and severity of the hardship event into account. In cases of such extraordinary occurrences like the COVID-19 pandemic, they must bear in mind that these events are so exceptional and extraneous to the contract that, absent a specific risk assumption in the contract, neither party shall bear the full risk emanating from such crisis, but that this risk must be shared by the parties. In these circumstances, the tribunal’s task is necessarily limited to ‘a fair distribution of the losses between the parties’. This follows from the general rule that the effect of the adaptation cannot be a ‘better deal’ than the one initially concluded as a result of mutual concessions, accommodations and withdrawals of initial demands during the contract negotiations*” BERGER, Klaus Peter; BEHN, Daniel. “Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study”. *McGill Journal of Dispute Resolution*, v. 6, n. 4, p. 128-129, 2019-2020.

¹³³⁰ Os Princípios do UNIDROIT foram tão inovadores no tratamento do tema da *hardship* que influenciaram, em algum nível, a reforma do direito francês dos contratos. Neste sentido, cf. FAUVERQUE-COSSON, Bénédicte. “Negotiation and Renegotiation: A French Perspective”. In: CARTWRIGHT, John *et al.* (ed.). *Reforming the French Law of Obligations*. Oxford: Hart, 2009, p. 47-48 e ROWAN, Solène. “The New French Law of Contract”. *Op. Cit.*, p. 821.

¹³³¹ “*En consequence, cette règle ne saurait devenir source d’insécurité. Bien que ce constat théorique soit évident, cet effet peut se produire en pratique lorsque l’équilibre contractuel est profondément bouleversé suite à la survenance d’événements imprévisibles. Dans ces situations exceptionnelles, la sécurité juridique n’est alors pas assurée par l’intangibilité du contrat puisque ces circonstances imprévisibles n’ont par définition pas été envisagées dans le contrat.*” PRADO, Maurício Almeida. *Regards Croisés sur les Projets de Règles Relatifs à la Théorie de l’Imprévision en Europe*. *Op. Cit.*, p. 867-868

792. Assim, um operador do direito – diante de uma situação de desequilíbrio contratual que afete um contrato internacional – pode recorrer a este mecanismo previsto nos Princípios do UNIDROIT como forma de preservar a eficiência e a segurança jurídica da operação. Ao evitar tanto a resolução do contrato, quanto a adaptação – por vezes arbitrárias – da avença, o intérprete terá a oportunidade de, aplicando a metodologia internacionalista ora proposta, preservar a utilidade do contrato e as legítimas expectativas das partes.

5. CONCLUSÃO

793. O pensamento humano parte, invariavelmente, de alguma inquietante questão. No campo das ciências sociais, uma tese, no fim, não é mais do que a resposta do seu autor a uma dúvida sobre um determinado fato (social, humano, e, portanto, aberto a diversas – e divergentes – interpretações). É, portanto, a partir dessa agonizante dúvida que o autor constrói sua percepção sobre o objeto de estudo.

794. Essas dúvidas são tão íntimas, tão angustiantes, que Camus argumentava que jamais deveriam ser abordadas pelo autor.¹³³² Deve-se, contudo, divergir do renomado pensador franco-argelino: se as dúvidas são tão intrinsecamente relacionadas à obra, como o leitor poderá compreendê-la em sua integralidade sem compartilhar, em algum grau, da angústia do autor? A leitura de uma obra necessita, no fim, da compreensão sobre a dúvida – não importando a quão angustiante e íntima seja.

795. A dúvida inquietante que permeia esta tese é: que método hermenêutico deve um intérprete adotar para fomentar o desenvolvimento do comércio internacional?

796. O direito internacional privado contemporâneo exacerba os efeitos da pluralidade de ordens jurídicas na redução dos volumes do comércio internacional (o que a doutrina econômica chama de *border effect*). Igualmente, as tentativas mais recentes de harmonização do direito dos contratos comerciais internacionais, conquanto bem-sucedidas, não são suficientes para eliminar – e muito menos mitigar – esses fatores.

797. Se por um lado mitigar o *border effect* é essencial para o fomento do comércio internacional, por outro lado, eliminar completamente a pluralidade de ordens jurídicas é não só utópico, como também, em certo grau, indesejável. Utópico (pelo menos nesse momento atual), pois nenhuma das tentativas de uniformização do direito dos contratos comerciais internacionais (tanto no plano regional, quanto no plano internacional) saíram do papel.

¹³³² “Un écrivain ne doit pas parler de ses doutes en face de sa création. Il serait trop facile de lui répondre : ‘Qui vous force à créer ? Si c’est une angoisse si continue, pourquoi la supportez-vous ?’ Les doutes, c’est ce que nous avons de plus intime. Ne jamais parler de ses doutes - quels qu’ils soient.” CAMUS, Albert. *Carnets II*: janvier 1942 – mars 1951. Paris: Gallimard, 1964. p. 94.

Indesejável pois preservar, em algum nível, a pluralidade jurídica é parte importante na construção do que Savigny chamou de “*sociedade de nações*”.

798. Neste cenário, resta à doutrina internacionalista erigir um método que sirva como guia para o intérprete na integração e interpretação dos contratos do comércio internacional de forma que seu esforço hermenêutico mitigue o *border effect*. Tentativas anteriores, contudo, acabaram por restar, em certo nível, infrutíferas, seja por conta do pouco suporte doutrinário, seja por baixa aderência na prática do comércio transfronteiriço.

799. A dificuldade desse esforço hermenêutico se deve, sobretudo, ao panorama contemporâneo do direito dos contratos comerciais internacionais. Esse ramo do direito internacional privado tem como importante característica a fragmentação de suas fontes. São diversos os tipos de normas (estatais e não-estatais, internacionais e domésticas) que potencialmente governam um contrato do comércio transfronteiriço. Não há, na fábrica atual do direito internacional privado, um sistema hermenêutico que determine como essas fontes interagem entre si na integração (e interpretação) dos contratos do comércio internacional.

800. Logo, a construção de um novo método de interpretação e integração dos contratos internacionais deve ter como mote principal prover ao intérprete (seja ele uma parte de um contrato comercial internacional, um acadêmico, um advogado, um juiz ou um árbitro) ferramentas hermenêuticas para coordenar a aplicação dessas múltiplas fontes em prol de uma interpretação que, no fim, crie incentivos para que as partes daquele contrato, em específico, e os demais players do comércio internacional, em geral, continuem engajados no desenvolvimento das operações comerciais transfronteiriças.

801. Essa hermenêutica coordenativa está em linha com a visão mais atual sobre o papel do direito internacional na sociedade contemporânea, tanto pela perspectiva monista clássica, quanto pela função coordenativa acoplada ao direito internacional privado pela doutrina moderna.

802. A compreensão das fontes do direito doméstico e do direito internacional (tenham elas origens estatais ou não-estatais) como diversas partes de um todo requer a formulação de uma metodologia que seja capaz de descrever como funciona a interação entre essas normas; bem

como estabeleça regras e axiomas para resolver eventuais antinomias oriundas desse sistema fragmentado e plural.

803. O método ora sugerido tem por base duas balizas centrais. A primeira é a função coordenativa da autonomia da vontade. No plano do direito internacional privado, a autonomia da vontade possui duas facetas, uma material e outra conflitual. Esses dois aspectos se traduzem em uma função coordenativa do princípio da autonomia no plano do direito dos contratos do comércio internacional. A possibilidade de as partes determinarem o conteúdo material do contrato, bem como estipularem a lei aplicável à sua avença, dá a elas o poder de coordenar (através do próprio contrato) como as diversas normas a ele aplicáveis interagirão entre si.

804. A segunda baliza é o uso do princípio da internacionalidade como regra geral de resolução de eventuais antinomias causadas pelo caráter interativo das fontes dos contratos comerciais internacionais. O princípio da internacionalidade sugere a resolução de eventuais conflitos entre as fontes aplicáveis a um determinado contrato a partir da preservação de sua principal característica: sua própria internacionalidade. Para tanto, propõe-se que o intérprete afaste eventual idiosincrasia do direito doméstico aplicável em prol de uma interpretação baseada nos parâmetros oriundos das fontes internacionais aplicáveis a um determinado contrato comercial internacional.

805. As fontes do direito dos contratos do comércio internacional impõem, contudo, certos limites ao protagonismo da autonomia da vontade e do princípio da internacionalidade na hermenêutica contratual internacional. As *overriding mandatory provisions* e a ordem pública, por exemplo, têm prevalência sobre a aplicação de regras eventualmente escolhidas pelas partes ou do uso, pelo intérprete, das fontes internacionais do direito dos contratos comerciais internacionais (sejam elas estatais ou não-estatais) como elemento de resolução de antinomias. Esses fatores limitantes da interpretação internacionalista garantem, por um lado, um nível saudável de pluralidade normativa, e, por outro, protegem a segurança jurídica e a eficiência das operações comerciais internacionais.

806. Ao fim e ao cabo, para que essa metodologia atinja o objetivo principal de fomentar o comércio internacional por meio da mitigação do chamado *border effect*, ela deve se preocupar com a promoção de um ambiente seguro (da perspectiva jurídica) e eficiente (da perspectiva econômica) para os comerciantes. Assim, eles poderão se sentir incentivados a ampliar sua rede

contratual para outros países, territórios e continentes – não só fomentando o comércio internacional como, também, o desenvolvimento econômico e social dos Estados.

807. A adoção de um método hermenêutico que parte da coordenação das diversas fontes legais aplicáveis aos contratos comerciais internacionais baseados em regras claras de interação entre essas diversas (e por vezes divergentes) normas tem o potencial de produzir efeitos positivos para o incentivo ao crescimento de volume do comércio internacional. Os três exemplos abordados ao longo desta tese (i.e., a proteção da alocação de riscos, o desincentivo ao comportamento oportunista; e a promoção do equilíbrio contratual) ilustram bem como a dinâmica funciona: a metodologia objeto desta tese promove a proteção da alocação de risco, impede o comportamento oportunista e promove o equilíbrio contratual.

808. Esta obra se preocupou em fornecer subsídios teóricos para o método. Para tanto, construiu-se o arcabouço jurídico, baseado no exame da doutrina e da jurisprudência, e de obras de outros ramos do conhecimento relevantes para o estudo do objeto.

809. Todavia, essa tese também tem uma preocupação pragmática de fornecer ao intérprete um método de interpretação e integração que possa ser utilizado em casos concretos. Afinal, são nesses casos em que se torna necessário conhecer as diversas fontes que podem vir a ser direta ou indiretamente aplicáveis a um contrato comercial internacional e compreender o funcionamento do sistema de coordenação dessas normas e das regras e princípios que regem a interação dessas diferentes (e plurais) fontes.

810. No bojo desta preocupação pragmática está a apresentação, de forma objetiva, dos passos que um intérprete deve tomar para aplicar, de forma adequada, a metodologia proposta. A interpretação e integração de um contrato é um processo, um conjunto de ações cujo objetivo, no fim, é compreender o conteúdo integral da avença. Tal processo passa por considerar a vontade das partes, as fontes aplicáveis ao contrato, bem como eventuais *overriding mandatory provisions* e normas de ordem pública que podem vir a ser relevantes naquele caso concreto na construção do conteúdo negocial.

811. No plano dos contratos comerciais internacionais, esse processo se inicia pela qualificação do contrato comercial internacional. O objeto da metodologia proposta são aqueles contratos comerciais que possuem um elemento internacional. A distinção dos contratos

comerciais domésticos (que restam integralmente sob o regime jurídico do direito doméstico aplicável) dos contratos comerciais internacionais (cuja hermenêutica interpretativa deve levar em consideração não apenas o direito doméstico aplicável, mas também as fontes internacionais – estatais ou não-estatais – que podem vir a integrar essas avenças) é um passo elementar para identificar, de forma correta, o objeto do esforço interpretativo.

812. Uma vez identificado o contrato comercial como de natureza internacional, deve o intérprete levantar todas as fontes aplicáveis aquele contrato específico. Esse esforço passa (i) pela determinação da lei doméstica aplicável ao contrato (utilizando as regras clássicas de direito internacional privado); (ii) por detectar eventuais outras leis domésticas que possam vir a ter conexão com a avença, como, por exemplo, a legislação das partes, do local de execução das obrigações contratuais, ou do local de execução de uma eventual sentença judicial e/ou arbitral a ser proferida com base na interpretação ou integração do contrato; (iii) pela identificação de eventuais fontes internacionais (estatais ou não estatais) aplicáveis àquele contrato específico, como convenções internacionais, regras de direito não-estatal e práticas, usos ou costumes internacionais, por exemplo.

813. Uma vez elencadas as fontes, o intérprete deve perquirir como essas normas resolvem o problema interpretativo posto diante dele. Esse esforço tem uma natureza eminentemente comparatista; deve o operador do direito, utilizando as ferramentas do direito comparado, examinar as soluções dadas pelas fontes aplicáveis.

814. A experiência da jurisprudência internacional demonstra que, na maioria dos casos, essas diversas fontes produzem resultados congruentes entre si. Nessas hipóteses, o esforço comparativo não restará em vão. Ainda que o intérprete não identifique eventual incoerência entre as soluções dadas nas diversas fontes legais aplicáveis ao contrato, o exame das diversas normas relevantes dará maior solidez à fundamentação de sua interpretação, tornando-a, como consequência, mais persuasiva e robusta.

815. Entretanto, há casos em que as diversas fontes relevantes para um determinado contrato oferecem soluções conflitantes para um mesmo problema. Nessas circunstâncias, propõe-se que o intérprete adote o resultado que melhor reflita a intrínseca natureza internacional da avença, dando preferência, portanto, às soluções previstas no direito

comparado dos contratos comerciais ou nas fontes internacionais aplicáveis (direta ou indiretamente) àquela avença.

816. Tal solução não se aplicaria em qualquer caso. A solução dada pelo intérprete pode vir a violar uma *overriding mandatory provision* do foro da disputa, da lei aplicável ou de uma terceira lei com conexão relevante com a avença, ou a ordem pública internacional do país onde eventual sentença (arbitral ou judicial) precise produzir efeitos.

817. Nesse caso, deve o operador do direito dar preferência à proteção da eficácia do ato jurídico no qual repousa sua interpretação, observando as *overriding mandatory provisions* ou as normas consideradas elementos inerentes da ordem pública internacional. Essa solução, ainda que não proteja diretamente a internacionalidade da avença, garante segurança jurídica e eficiência, na medida que assegura a eficácia de eventual sentença (judicial ou arbitral) em que restará fundada o esforço hermenêutico.

818. Este processo oferece ao operador do direito parâmetros claros e objetivos sobre como coordenar as diversas fontes legais (domésticas e internacionais, estatais e não-estatais) aplicáveis aos contratos do comércio internacional. Esse método busca concretizar a visão da doutrina mais moderna, que vislumbra a existência de um direito dos contratos comerciais internacionais baseados, em sua essência, na coordenação entre essas fontes,¹³³³ fornecendo ferramentas concretas para que o intérprete possa navegar este tortuoso mar.

819. Isso não quer dizer, contudo, que este método engessa, de alguma forma, a atividade hermenêutica jurídica. O exercício da integração e interpretação dos contratos comerciais internacionais ainda é feito, hoje, por humanos, os quais carregam consigo suas visões próprias sobre o mundo, o direito e seu papel na sociedade. É bem possível que dois intérpretes distintos, aplicando este mesmo método proposto, cheguem a resultados interpretativos distintos.

¹³³³ “The empirical result is quite clear. Both in history and in the present, we find a law merchant in the sense of a commercial law that transcends boundaries and is in that sense transnational. However, the law that we find is not truly autonomous from the state in any meaningful sense. Rather, we observe a continuous competition and interplay between state and non-state institutions. [...] If there is an autonomous legal system of international commerce, then it transcends the divide between state and non-state law, and its autonomy is not from the state but rather from other parts of the law, many of which remain national.” MICHAELS, Ralf. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 465-466, 2007. p. 452-453.

820. Isso é natural – e, diga-se, até saudável, da perspectiva da dogmática jurídica. No campo da hermenêutica dos contratos comerciais internacionais, o que o direito deve propor é uma metodologia objetiva que leve em conta, em seu bojo, os interesses das partes e do comércio internacional como um todo. Esse método, ainda que possa levar a resultados práticos distintos, será coerente, vez que adota premissas, parâmetros e regras coesas, claras e fundadas, em seu bojo, em uma perspectiva pragmática do direito.

821. Um dos principais desafios do direito internacional privado contemporâneo consiste, justamente, em estipular uma metodologia jurídica coerente para resolver questões transfronteiriças. O método conflitual clássico não se mostra, hoje, uma solução adequada para o mundo pós-globalização. É necessária uma maior reflexão sobre o papel do direito internacional privado não apenas como sistema de determinação de uma lei doméstica aplicado, mas como um ramo do direito cuja função é examinar a forma de interação entre as diversas fontes legais, seja de direito doméstico, seja de direito internacional (e seja a fonte estatal ou não-estatal) e as regras de coordenação entre essas normas.

822. No plano do direito dos contratos comerciais internacionais, esse método hermenêutico coordenativo deve ter em mente, sempre, que as partes, advogados, acadêmicos, juízes, árbitros e todos aqueles engajados no comércio internacional buscam segurança jurídica e eficiência econômica nas suas contratações. Somente assim será possível fomentar o comércio internacional e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico e social dos Estados.

REFERÊNCIAS

- AIVAZIAN, Varouj *et al.* The Law of Contract Modifications: The Uncertain Quest for a Benchmark of Enforceability. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 22, n. 2, p. 173-212, 1993.
- ALA'I, Padideh. The United States' Multidimensional Approach to Combating Corruption. In: BONELL, Michael Joachim; MEYER, Olaf. *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*. Cham: Springer, 2015. p. 411-438.
- ALBORNOZ, María Mercedes. Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems. *Journal of Private International Law*, v. 6, n. 1, p. 23-58, 2010.
- ALBORNOZ, María Mercedes. Contratos Internacionales com COVID 19. In: MARTÍN, Nuria. *COVID-19 y su Circunstancia. Una Visión Jurídica Plural de la Pandemia*. Cidade do México: UNAM, 2021.
- ALBUQUERQUE, Marcos Cintra Cavalcanti de. *Introdução à teoria econômica*. São Paulo: McGraw-Hill, 1972.
- ALCES, Peter. *A Theory of Contract Law: Empirical Insights and Moral Psychology*. Nova York: Oxford University Press, 2011.
- ALEXY, Robert. Legal Certainty and Correctness. *Ratio Juris*, v. 28, n. 4, p. 441-451, 2015.
- ALLEN, Douglas; LUECK, Dean. The Role of Risk in Contract Choice. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 15, n. 3, p. 704-736, 1999.
- ALMEIDA, Antonio. Clausulas contratuais gerais e o postulado da liberdade contratual. *Lusitana: revista de ciência e cultura*, Porto, n. 2, p. 283-311, 1998.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. O conceito de contrato internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 14, n. 53, p. 47-62, abr./jun. 2017.
- AL-NAJJAR, Nabil. Incomplete Contracts and the Governance of Complex Relationships. *The American Economic Review*, v. 85, n. 2, p. 432-436, May 1995.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 26, n. 102, p. 207-230, 1989.
- AMELUNG, Torsten. The Impact of Transaction Costs on the Direction of Trade: Empirical Evidence for Asia Pacific. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 147, n. 4, p. 716-732, 1991.
- ANCEL, Bertrand. Droit International Privé. In: ALLAND, Dennis; RIALS, Stéphanie (ed.). *Dictionnaire de la Culture Juridique*. Paris: Quadrigue/Lamy-Puf, 2003.

ANCEL, Bertrand. Les Conclusions sur les Statuts et Coutumes Locaux de du Moulin, Traduites en Français. *Review Critique de Droit International Privé*, v. 1, n. 1, p. 21-38, 2011.

ANDERSEN, Camilla Baasch. General Principles of the CISG -- Generally Impenetrable? In: ANDERSEN, Camilla Baasch; SCHROETER, Ulrich (ed.). *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill, 2008.

ANDERSON, James; WINCOOP, Eric van; ENGEL, Charles; FREUND, Caroline. Borders, Trade, and Welfare. *Brookings Trade Forum*, p. 207-243, 2001.

ANDO, Clifford. Pluralism and Empire: From Rome to Robert Cover. *Critical Analysis of Law*, v. 1, n. 1, p. 1-22, 2013.

ANDO, Clifford. Pluralisme juridique et intégration de l'empire. In: KLEIJN, Gerda de; BENOIST, Stéphane. *Integration in Rome and in the Roman World: Proceedings of the Tenth Workshop of the International Network Impact of Empire (Lille, June 23-25, 2011)*. Leiden: Brill, 2013. p. 5-20.

ANGHIE, Antony. Civilization and Commerce: The Concept of Governance in Historical Perspective. *Villanova Law Review*, v. 45, n. 5, p. 901-936, 2000.

ANTRÁS, Pol. Grossman–Hart (1986) Goes Global: Incomplete Contracts, Property Rights, and the International Organization of Production. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 30, n 1, p. 118-175, 2014.

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2005. v. 2.

APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo, Atlas, 2011.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Nadia de. A autonomia da vontade nos contratos internacionais – situação atual no Brasil e no Mercosul. *Revista do Ministério Público*, v. 6, p. 153-161, 1997.

ARAÚJO, Nadia de. o direito internacional privado e os contratos internacionais: A Questão do Elemento de Conexão, da Autonomia da Vontade e os Resultados da CIDIP V. *Agenda Internacional*, v. 1, n. 3, 1995.

ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

ARAÚJO, Nadia de; SPITZ, Lidia; TEIXEIRA, Bruno Barreto de Azevedo. Diálogo das fontes: interações entre a lei doméstica e a CISG. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; TERASHIMA, Eduardo Ono (org.). *A convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 589-604.

ÁRIDA, Pérsio. A pesquisa em direito e em economia: em torno da historicidade da norma. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 11-22, 2005.

ARIFF, Mohamed. Islamic Banking. *Asian-Pacific Economic Literature*, v. 2, n. 2, p. 49-60, 1988.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 2. ed. Tradução notas e comentários de Mário da Gama Kury. Brasília, DF: Ed. da UnB, 1985.

ARISTÓTELES. *Política*. Lisboa: Vega, 1998.

ARLOTA, Alexandre. *A Cláusula Knock-for-Knock*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. A standardização dos contratos internacionais e o modelo FIDIC Silver Book para contratos EPC. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

ARROW, Kenneth. Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice. *Journal of Philosophy*, v. 70, n. 9, 1973.

ARROW, Kenneth. Moral Hazard: A Further Comment. *American Economic Review*, v. 58, p. 537-539, 1968.

ANTRÀS, Pol. Incomplete Contracts and the Product Cycle. *The American Economic Review*, v. 95, n. 4, p. 1054-1073, 2005.

AUBERT, Jean-Luc. *Le contrat. Droit des obligations*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2005.

AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric. *Introduction au Droit et Thèmes Fundamentaux du Droit Civil*. 14. ed. Paris: Sirey, 2012.

AUBRY, Charles ; RAU, Frédéric. *Cours de Droit Civile Français*. 5^{ème} ed. Paris: Marchal et Billard, 1902. t. 4.

AUDIT, Bernard. How do Mandatory Rules of Law Function in International Civil Litigation. *The American Review of International Arbitration*, New York, v. 1-2, 2007, p. 40-67.

AUDIT, Bernard. *La vente internationale de marchandises: Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*. Paris: L.G.D.J., 1990.

AUDIT, Bernard. Le Droit International Privé en Quête d'Universalité. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 305, 2001.

AUDIT, Bernard. The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria. In: CARBONNEAU, Thomas (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration*. Boston: Juris Publishing, 1990. p. 139-160.

ÁVILA, Humberto. *Certainty in Law*. Cham: Springer, 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo código civil: das várias espécies de contrato*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. *In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; CARBONE, Paolo; TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas – homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.*

BAGGE, Algot. *Les Conflits de Lois em Matière de Contrats de Vente de Biens Moubles Corporels. Recueil des Cours, Leiden. v. 25, 1928.*

BAIRD, Douglas. Self-Interest and Cooperation in Long-Term Contracts. *The Journal of Legal Studies*, v. 19, n. 2, p. 583-596, 1990.

BAKER, Ellis; LAVERS, Anthony; MAJOR, Rebecca. Introduction to the FIDIC Suite of Contracts. *In: BREKOULAKIS, Stavros; THOMAS, David Brynmor. The Guide to Construction Arbitration. 3rd ed. Londres: Global Arbitration Review, 2019. p. 54-73.*

BAKER, Ellis *et al.* *FIDIC Contracts: Law and Practice. Londres: Informa, 2009.*

BAKER, John Hamilton. The Law Merchant and the Common Law before 1700. *Cambridge Law Journal*, v. 38, n. 2, p. 295-332, 1979.

BALESTRA, Ricardo. El Orden Público en la Contratación Internacional. *In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). Doutrinas Essenciais de Direito Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 1060-1070.*

BAPTISTA, Luiz Olavo. A Boa-fé nos Contratos Internacionais. *In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). Doutrinas essenciais de direito internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 815-840. v. 5.*

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

BAPTISTA, Luiz Olavo. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos de defesa. *In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). Doutrinas essenciais de direito internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 24-46.*

BAR, Ludwig von. *Theory and Practice of Private International Law. Edimburgo: William Green & Sons, 1892.*

BARBIERI, Katherine. Economic Interdependence: A Path to Peace or a Source of Interstate Conflict? *Journal of Peace Research*, v.33, n. 1, p. 29-49, 1996.

BARBIERI, Katherine; SCHNEIDER, Gerald. Globalization and Peace: Assessing New Directions in the Study of Trade and Conflict. *Journal of Peace Research*, v. 36, n. 4, p. 387-404, 1999.

BARRACLOUGH, Andrew; WAINCYMER, Jeff. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, n. 2, p. 205-244, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 90, p.33-68, 2004.

BARTIN, Étienne. De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois. *Journal du Droit international Privé & Jurisprudence Comparée – Clunet*, v. 24, n. 3-4, p. 225-255, 1897.

BARTLETT, Richard H. Rights and Remedies of an Operator Vis-A-Vis a Defaulting Non-Operator under Joint and Unit Operating Agreements. *Alberta Law Review*, v. 10, n. 2, p. 288-312, 1972.

BARTIN, Etienne. La Doctrine des Qualifications et ses Rapports avec le Caractère National du Conflit des Lois. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 31, p. 561-621, 1930.

BASEDOW, Jürgen. The Law of Open Societies Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 360, 2015.

BASEDOW, Jürgen *et al.* ENCYCLOPEDIA of Private International Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. v. 2.

BASEDOW, Jürgen *et al.* Max Planck Institute Working Group on Rome I, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I). *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 71, p. 225-344, 2007.

BASEDOW, Jürgen. Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration – General Report. *Uniform Law Review*, v. 8, n. 1-2, p. 31-49, 2003.

BASSO, Maristela. Introdução às Fontes e Instrumentos do Comércio Internacional. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 13-23.

BATIFFOL, Henri. *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*. Paris: Dalloz, 2002.

BATIFFOL, Henri. Le Pluralisme des Méthodes en Droit International Privé'. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 139, 1973.

BATIFFOL, Henri. *Les Conflits de Lois en Matière des Contrats*. Paris: Sirey: 1938.

BATIFFOL, Henri. *Problèmes des Contrats Privés Internationaux – Fascicule I*. Paris: Association des Études Internationales, 1961.

BATIFFOL, Henri. Réflexions sur la Coordination des Systèmes Nationaux. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 120, 1967.

BATIFFOL, Henri. Réflexions sur la Coordination des Systemes Nationaux. *Seton Hall Law Review*, v. 15, n. 4, p. 812-830, 1985.

BATIFFOL, Henri; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8. ed. Paris: LGDJ, 1993.

BAYLES, Michael D. Introduction: The Purposes of Contract Law. *Symposium on Jurisprudential Perspectives of Contract*, v. 17, n. 4, p. 613-626, 1983.

BEALE, Joseph. *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1935. v. 2.

BEALE, Joseph. *Bartolus on the Conflict of Laws*. Londres: Harvard University Press, 1914.

BEALE, Joseph. Dicey's 'Conflict of Laws'. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 3, p. 168-169, 1896.

BÉNABENT, Alain. *Droit des Obligations*. 15e ed. Paris: LCDJ, 2016.

BENEDETTELLI, Massimo. Applying the UNIDROIT Principles in International Arbitration: An Exercise in Conflicts. *Journal of International Arbitration*, v. 33, n. 6, p. 653-686, 2016.

BENETI, Ana Carolina Aguiar. *CISG - convenção de viena das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias, como legislação uniforme, e sua correlação com as regras de direito internacional privado brasileiras*. 2021. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. DOI:10.11606/T.2.2021.tde-21072022-103010.

BENSON, Peter. Introduction. In: BENSON, Peter (ed.). *The Theory of Contract Law: New Essays*. Nova York: Cambridge University Press, 2001.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907.

BERGÉ, Jean-Sylvestre *et al.* *La Fragmentation du Droit Applicable aux Relations Internationales: Regards Croisés d'Internationalistes Privatistes et Publicistes*. Paris: Pedone, 2011.

BERGÉ, Jean-Sylvestre. Droit International Privé et Approche Contextualisée des Cas de Pluralisme Juridique Mondial. In: D'Avout, Louis *et al.* (dir.). *Les Relations Privées Internationales, Contribution Aux Melanges Bernard Audit* Paris: LGDJ, 2014. p. 61-81.

BERGER, Klaus Peter; ARNTZ, Thomas. Good faith as a 'General Organising Principle' of the Common Law. *Arbitration International*, v. 32, n. 1, p. 167-178, 2016.

BERGER, Klaus Peter; BEHN, Daniel. Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study. *McGill Journal of Dispute Resolution*, v. 6, n. 4, p. 79-130, 2019-2020.

BERGER, Klaus Peter (ed.). *The Practice of Transnational Law*. A Haia: Kluwer Law International, 2001.

BERGSTEN, Eric. Thirty-five years of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: expectations and deliveries. Thirty-five Years of Uniform Sales Law: Trends and Perspectives. Proceedings of the High Level Panel held during the Forty-eighth Session of the United Nations Commission on International Trade Law. 2015.

Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/35_years_of_uniform_sales_law-e.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

BERMAN, Harold J.; KAUFMAN, Colin. Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria). *Harvard International Law Journal*, v. 19, n. 1, 221-277, 1978.

BERMANN, George. Mandatory rules of law in international arbitration. In: FERRARI, Franco; KRÖLL, Stefan. *Conflict of Laws in International Arbitration*. Berlin: De Gruyter, 2010, p. 325-340.

BERNARDINI, Piero. Hardship e Force Majeure. In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997.

BERNHEIM, Douglas; WHINSTON, Michael. Incomplete Contracts and Strategic Ambiguity. *The American Economic Review*, v. 88, n. 4, p. 902-932, 1998.

BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 99, n. 7, p. 1724-1790, 2001.

BERNSTEIN, Lisa. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. *Journal of Legal Studies*, v. 21, p. 115-157, 1992.

BERNSTEIN, Lisa. The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study. *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 3, p. 710-780, 1999.

BERTHONNET, Irène. Pareto-Efficiency from Pareto to Contemporary Economics. In: *History of Economic Ideas*, v. 24, n. 3, p. 165-186, 2016.

BETTI, Emilio. *Intepretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

BIANCA, Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*. Giuffrè: Milan, 1987.

BIANCINI, Sara; BOMBARDA, Pamela. Intellectual Property Rights, Multinational Firms and Technology Transfers. *Journal of Economic Behavior and Organization*, v. 185, p. 191-210, 2021.

BIEN, Florian. La Zweckstörung – Un Cas de Figure de l'Imprévision. In: VIEIRA, Lacyr de Aguilar et al. *Mélanges en l'Honneur du Professeur Claude Witz*. Paris: Lexis Nexis, 2018. p. 83-100.

BLACK, Alexander; DUNDAS, Hew. Joint Operating Agreements: An International Comparison from Petroleum Law. *Journal of Natural Resources & Environmental Law*, v. 8, n. 1, p. 49-79, 1992.

BLACKABY, Nigel et al. *Redfern & Hunter on International Arbitration*. 6th ed. Nova York: Kluwer Law International, 2015.

BLESSING, Marc. Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration. *Journal of International Arbitration*, v. 14, n. 4, p. 28-33, 1997.

BLIN, Arnaud. *La Paix de Westphalie ou la Naissance de l'Europe Politique Moderne*. Bruxelles: Editions Complexe, 2006.

BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito? *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*, v. 28, p. 146-152, 1951.

BOBBIO, Norberto. Reason in Law. *Ratio Juris*, v. 1, n. 2, p. 97-108, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BOECHEM, Felipe. *Limitação do dever de indenizar do operador em Joint Operating Agreements*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BOELE-WOELKI, Katharina. Party Autonomy in Litigation and Arbitration in View of The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 379, 2016.

BOGDAN, Michael. Foreign Public Law and Article 7(1) of the Rome Convention: Some Reflections from Sweden. In: *Vers de Nouveaux Équilibres entre Ordres Juridiques*: Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Paris: Dalloz, 2008. p. 335-342.

BOGDAN, Michael. Private International Law as Component of the Law of the Forum. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 348, p. 9-252, 2011.

BOLLÉE, Sylvain. La Prise en Considération des Lois de Police Étrangères dans le Règlement Rome I. In: ANCEL, Marie-Elodie et al. (org.). *Le Droit à l'Épreuve des Siècles et des Frontières: Mélanges en l'Honneur du Professeur Bertrand Ancel*. Paris/Madrid: LGDJ, 2018, p. 220-240.

BONELL, Michael Joachim. *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3rd ed. Nova York: Transnational Publishers, 2005.

BONNELL, Michael Joachim. Do We Need a Global Commercial Code? *Uniform Law Review*, v. 3, p. 55-66, 2000.

BONELL, Michael Joachim. Soft Law and Party Autonomy: the case of the UNIDROIT Principles. *Loyola Law Review*, v. 51, n. 2, p. 229-252, 2005.

BONELL, Michael Joachim. The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*, v. 23, n. 1, p. 15-41, 2018.

BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law. *Révue Juridique Themis*, v. 36, n. 2, p. 335-354, 2002.

BONELL, Michael Joachim. *The UNIDROIT Principles in Practice*. 2nd ed. Nova York: Transnational Publishers, 2006.

BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years. *Uniform Law Review*, v. 2, n. 1, p. 34-45, 1997.

BONELL, Michael Joachim. *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3rd ed. Nova York: Transnational Publishers, Inc., 2005.

BONELL, Michael Joachim. The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 388, p. 9-48, 2016.

BORGES, Danilo Marques. Lobby, Legística e Partidos Políticos no Contexto da Crise da Democracia Representativa: A Necessidade de Regulação como Forma de Fortalecimento da Participação Popular. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 6, n. 5, p. 579-618, 2020.

BRASIL. *Decreto nº 8.327, de 2014*. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - U ncial, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRAND, Ronald. Transaction Planning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 358, 2013.

BRENKERT, George. Marx and Utilitarianism. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 5, n. 3, p. 421-434, 1975.

BRIDGE, Michael. Avoidance for Fundamental Breach of Contract under The UN Convention on the International Sale of Goods. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 59, n. 4, p. 911-940, 2010.

BRIDGE, Michael. The CISG and the UNIDROIT principles of international commercial contracts. *Uniform Law Review*, v. 19, n. 4, p. 623-642, 2014.

BRIDGE, Michael. Uniform and Harmonized Sales Law: Choice of Law Issues. In: FAWCETT, James *et al.* *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*. Nova York: Oxford University Press, 2005.

BRIGGS, Adam, *The Conflict of Laws*. 3rd ed. Londres: Oxford University Press, 2013.

BRITO, Evamar. Existe o Problema das Qualificações no Direito Internacional Privado? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 6, p. 147-156, 1966.

BROOME, John. Utility. *Economics and Philosophy*, v. 7, n. 1, p. 1-12, 1991.

BROUSSEAU, Eric. Did the Common Law Bias the Economics of Contract? In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (ed.). *Law and Economics in Civil Law Countries*. Amsterdam: Elsevier, 2001. p. 1-19.

BROWN WEISS, Edith. Establishing Norms in a Kaleidoscopic World General Course on Public International Law. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 396, 2019.

BROZOLO, Luca Radicati di. Arbitrage Commercial International et Lois de Police: Considérations sur les Conflits de Juridictions dans le Commerce International. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 315, 2005.

BROZOLO, Luca Radicati di. When, Why and How Must Arbitrators Apply Overriding Mandatory Provisions? The Problems and Proposal. In: FERRARI, Franco (ed.). *Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*. Nova York: Jurisnet, 2017, p. 351-373.

BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Nonperformance in International Arbitration*. Nova York: Kluwer Law International, 2008.

BRYDIE-WATSON, William. The three sisters of private international law: an increasingly co-operative family rather than sibling rivals. In: JOHN, Thomas *et al.* *The Elgar Companion to the Hague Conference on Private International Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2020, p. 23-42.

BUCHER, Andreas. La Dimension Sociale du Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 341, 2010.

BUCHER, Andreas. L'Ordre Public et le But Social des Lois em Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 239, 1993.

BUREAU, Dominique. *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*. Thèse soutenu à l'Université Paris II Paris 2, sous la direction de Yvon Loussouarn, 1992.

BUREAU, Dominique; MUIR WATT, Horatia. *Le Droit International Privé*. Tome I. Paris: Puf, 2017.

BURKEMAN, Oliver. The clockwork universe: is free will an illusion? *The Guardian*, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2021/apr/27/the-clockwork-universe-is-free-will-an-illusion>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BURTON, Steven. *Elements of Contract Interpretation*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio S. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Havana: La Universal, 1896. t. 1.

BUZAID, Alfredo. Apresentação. In: TOMASETTI, Alcides. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 7-8.

BUZAN, Barry. From International System to International Society: Structural Realism and Regime Theory Meet the English School. *International Organization*, v. 47, n. 3, p. 327-352, 1993.

CAFISO, Gianluca. *The Euro's Influence upon Trade: Rose Effect versus Border Effect*. European Central Bank Working Paper Series n. 941, 2008.

CALEB, Marcel. *Essai sur le Principe de l'Autonomie de la Volonté em Droit International Privé*. Paris: Sirey, 1927.

CALLIESS, Galf-Peter; MERTENS, Jens. Transnational Corporations, Global Competition Policy, and the Shortcomings of Private International Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 18, n. 2, p. 663-691, 2011.

CAMPOS, Julio D. González. Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation des Règles de Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 287, 2000.

CAMUS, Albert. *Carnets II: janvier 1942 – mars 1951*. Paris: Gallimard, 1964.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 317, p. 19-312, 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Repertório da Prática Brasileira Do Direito Internacional (Período 1889-1898)*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1988.

CARBONARA, Emanuela; PARISI, Francesco. The Paradox of Legal Harmonization. *Public Choice*, v. 132, n. 3/4, p. 401-417, 2007.

CARBONARA, Emanuela e PARISI, Francesco. Choice of Law and Legal Evolution: Rethinking the Market for Legal Rules. *Public Choice*, v. 139, n. 3, p. 461-492, 2009.

CARLEVARIS, Andrea. The Arbitration of Disputes Relating to Mergers and Acquisitions: A Study of ICC Cases. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 24, n. 1, p. 19-30, 2013.

CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. São Paulo: Almedina, 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentários à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARR, Indira. *International Trade Law*. 5th ed. Nova York: Routledge, 2014.

CASTEDIN, Charles *et al.* Multinational enterprises and global value chains: New Insights on the trade-investment nexus, OECD Science, Technology and Industry Working Papers, No. 2018/05 OECD Publishing, Paris, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/194ddb63-en>. Acesso em: 16 abr. 2023.

CASTRO CORRÊA, Alexandre Augusto. Existiu, em Roma, Direito Comercial? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 65, p. 67-103, 1970.

CASTRO NEVES, José Roberto de. As 'Imperfeitas' Cláusulas Resolutivas. *In.*: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Inexecução das Obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. Rio de Janeiro: Processo, 2020. v. 1. p. 298-305.

CHAPMAN, T. Ward. Frustration of Purpose. *Michigan Law Review*, v. 59, n. 1, p. 98-122, 1960.

CHARLES, Löic; DAUDIN, Guillaume. Eighteenth-Century International Trade Statistics: Sources and Methods. *Revue de l'OFCE*, Paris, v. 140, n. 4, p. 9-33, 2015.

CHAZOURNES, Laurence Boisson de; GOWLLAND-DEBBAS, Vera. (ed.). *The International Legal System in Quest of Equity and Universality: Liber Amircorum Georges Abi-Saab*. A Haia: Martinus Nijhoff, 2001.

CHEDLY, Lotfi. L'Efficacité de l'Arbitrage Commercial International. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 400, 2019.

CHEDLY, Lotfi. L'ordre public en droit international privé, instrument de chauvinisme, d'impérialisme ou d'universalisme? *In.*: COTTIER, Bertil (org.). *Impérialisme et chauvinisme juridiques: rapports présentés au colloque à l'occasion du 20e anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*. Lausanne: Schulthess, 2004. p. 149-167.

CHEN, Natalie. Intra-national versus international trade in the European Union: why do national borders matter? *Journal of International Economics*, v. 63, n. 1, p. 93-118, 2004.

CHEN, Weizuo; GOLDSTEIN, Gerald. The Asian Principles of Private International Law: Objectives, Contents, Structure and Selected Topics on Choice of Law. *Journal of Private International Law*, v. 13, n. 2, p. 411-434, 2017.

CHIRELSTEIN, Marvin. *Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts*. 5th ed. Nova York: Foundation Press, 2006.

CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions. *Yale Law Journal*, v. 119, n. 5, p. 848-924, 2010.

CISG Advisory Council Opinion n. 4. Rapporteur: Professor Maria del Pilar Perales Viscasillas (2003).

CISG Advisory Council Opinion n. 7. Rapporteur: Professor Alejandro Garro (2007).

CISG Advisory Council Opinion n. 10. Rapporteur: Professor Dr. Pascal Hachem (2012).

CISG Advisory Council Opinion n. 14. Rapporteur: Professor Doctor Yeşim M. Atamer (2013).

CISG Advisory Council Opinion n. 17. Rapporteur: Professor Lauro Gama Jr. (2015).

CISG Advisory Council Opinion n. 20. Rapporteur: Professor Doctor Edgardo Muñoz (2020).

CLARKSON, Kenneth; MILLER, Roger LeRoy; MURIS, Timothy. Liquidated Damages v. Penalties: Sense or nonsense? *Wisconsin Law Review*, v. 1878, n. 2, p. 351-390, 1978.

CLAVEL, Sandrine. *Droit Interntional Privé*. 5ème ed. Paris: Dalloz, 2018.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

COELHO, Eleonora. Escopo de Aplicação e Exclusões (Arts. 1-6 e 10). In: VENOSA, Sílvio de Salvo *et al.* (org.). *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23-44.

COESTER-WALTJEN, Dagmar. Constitutional Aspects of Party Autonomy and its Limits. In: GRUNDMANN, Stefan *et al.* *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*. Berlin: De Gruyter, 2001. p. 41-48.

COETZEE, Juana. The Role and Function of Trade Usage in Modern International Sales Law. *Uniform Law Review*, v. 20, p. 243-270, 2015.

COHEN, George. Implied Terms and Interpretation in Contract Law. In: BOUKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (ed.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2000. v. 3.

COHEN, George. Interpretation and Implied Terms in Contract Law. In: DE GEEST, Gerrit (ed.). *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2011.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours Elementaire de Droit Civil Français*. Paris: Dalloz, 1915. v. 2.

COLLINS, Hugh. Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts. In: CAMPBELL, David *et al.* *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart, 2003. p. 8-30.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law de 11/07/2001 (COM (2001) 398), §§71-72. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0398:FIN:EN:PDF>. Acesso em: 16 abr. 2023.

CONDE E SILVA, Gui. *Transnational Public Policy in International Arbitration*. Ph.D Thesis presented to Queen Mary University, 2007

CONSELHO EUROPEU. Diretiva 86/653/CEE do Conselho de 18 dez. 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados- membros sobre os agentes comerciais. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31986L0653>. Acesso em: 16 abr. 2023.

COOK, Walter. Scientific Method and the Law. *American Bar Association Journal*, v. 13, n. 6, p. 303-306, 1927.

COOTER, Robert D. Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law. *Notre Dame Law Review*, v. 64, n. 5, p. 817-828, 1989.

CORBIN, Arthur L. The Parol Evidence Rule. *The Yale Law Journal*, v. 53, n. 4, p. 603-663, 1944.

CORDEIRO, Amanda Guimarães. Período de Graça na CISG e Normas Similares no Direito Brasileiro. In: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo (coord.). *Direito Contratual e Convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021.

CORDERO ALVAREZ, Clara Isabel. Overriding Mandatory Provisions in International Contracts: A Special Reference to Foreign Overriding Mandatory Provisions from a European Approach. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. V. 9, n. 2, p. 174-193, 2017.

CORDERO-MOSS, Giuditta. Foundation, Limits and Scope of Party Autonomy. In: FERRARI, Franco; ARROYO, Diego (ed.) *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*. Cheltenham: Elgar, 2019, p. 71-101.

CORDERO-MOSS, Giuditta. EU Overriding Mandatory Provisions and the Law Applicable to the Merits. In: FERRARI, Franco (ed.) *Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*. Nova York: Jurisnet, 2017, p. 317-349.

CORDERO-MOSS, Giuditta. *International Commercial Contracts: Applicable Sources and enforceability*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

CORDERO-MOSS, Giudita. 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.

CORDERO-MOSS, Giuditta. Rapport Norvégien. In: GANNAGÉ, Léna. *Le Contrat sans Loi en Droit International Privé: Rapport général. 17ème congrès de l'Académie internationale de droit compare. Eletronic Journal of Comparative Law*, v. 11, n. 3, p. 1-20, 2007.

CORNELOUP, Sabine. Entre Autonomie Conflictuelle et Autonomie Substantielle : Le Choix du Futur Droit Commun Européen de la Vente. In: KOHEN, Marcelo e BENTOLILA, Dolores. *Mélanges en l'Honneur du Professor Jean-Michel Jacquet : Le Droit des Rapports Internationaux Économiques et Privés*. Paris : Lexis Nexis, 2013.

CORNELOUP, Sabine ; JOUBERT, Natalie. *Le Règlement Communautaire « Rome I » et le Choix de Loi Dans les Contrats Internationaux*. Paris: Litec, 2011.

CORNU, Gérard. *Vocabulaire Juridique*. 6^a Ed. Paris: Association Henri Capitant, 2004.

COTTER, Thomas. Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement. *Georgetown Law Journal*, v. 84, n. 6, p. 2071-2098, 1996.

COSTA, José Augusto. A Autonomia da Nova *Lex Mercatoria* e a Estabilização das Relações Comerciais Internacionais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 2, n. 6, p. 4783-4810, 2013.

COSTA, José Augusto Fontoura. A complexidade do direito do comércio internacional e algumas reflexões sobre o sentido de contrato. In: COELHO, Fabio Ulhoa *et al.* (coord.). *A evolução do direito no século XXI: seus princípios e valores (ESG, liberdade, regulação,*

igualdade e segurança jurídica) – homenagem ao Professor Arnaldo Wald. São Paulo: IASP, 2022. v. 3.

COSTA, José Augusto Fontoura; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. As Cláusulas de Força Maior e de Hardship nos Contratos Internacionais. *In*: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Obrigações e contratos*. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2011, p. 633-667.

COUSIN, Victor. *Fragments Litteraire*. Paris: Didier, 1845.

CRASWELL, Richard. Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach. *Southern California Law Review*. V. 61, n. 3, p. 629-670, 1988.

CRASWELL, Richard. Instrumental Theories of Compensation: A Survey, *San Diego Law Review*, v. 40, n. 4, p. 1.135-1.180, 2003

CULLINAN, Geoff; HOLLAND, Tom. *Strategic Due Diligence*. Nova York: Bloomberg, 2002.

CUNIBERTI, Gilles. Is the CISG Benefiting Anybody? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 39, n. 5, p. 1.511-1550, 2006.

CUNIBERTI, Gilles. The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 34, n. 3, p. 445-517, 2014.

CUNIBERTI, Gilles. The Merchant Who Would Not Be King Unreasoned Fears about Private Lawmaking. University of Luxembourg Law Working Paper No. 2014-7, 2012. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=375091000096113106070124065077073124060087060080003065108004066109064099104073086073057037122017121015000000071066002088098013029090059021059118015016081080027084058042063025031066070094109009081125101066112067073004118001084000068121004015093124088&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em: 16 abr. 2023.

CUNIBERTI, Gilles. Three Theories of Lex Mercatoria. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 52, n. 1, p. 369-434, 2013.

CURRIE, John. *Public International Law*. 2nd ed. Toronto: Irwin, 2008.

CURRIE, Brainerd. *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham: Duke University Press, 1963.

D'ASPREMONT, Jean. La Déformalisation en Droit International et l'Abandon de la Théorie des Sources dans la Doctrine Contemporaine. *In*: *L'Observateur des Nations Unies*, v. 30, n. 1, p. 43-46, 2011.

DALHUISEN, JAN. Domestic Contract Laws, Uniform International Contract Law and International Contract Law Principles: Internal Sales and Contractual Agency. *European Business Law Review*, v. 11, n. 4, p. 200-315, 2000.

DALHUISEN, Jan. Legal Orders and Their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its Lex Mercatoria. *Berkley Journal of International Law*, v. 24, n. 1, p. 129-191, 2006.

DASSER, Feliz. Soft Law in International Commercial Arbitration. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 402. 2019.

DAVID, René. L'arbitrage, Solution d'avenir pour le Droit International. In: DUPUY, René-Jean (ed.). *L'Avenir du Droit International dans un Monde Multiculturel*. Colloque, La Haye, 17-19 nov. 1983.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DE BOER, Theodorus Martinus. Party autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation. *Yearbook of Private International Law*, v. 9, p. 19-29, 2007.

DE NOVA, Giorgio. *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*. 2nd ed. Turim: Giappichelli, 2017.

DE NOVA, Rodolfo. The First American Book on Conflict of Laws. *The American Journal of Legal History*, v. 8, n 2, p. 136-156, 1964. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/844356>.

DE VRIES, Jan. The Industrial Revolution and the Industrious Revolution. *The Journal of Economic History*, v. 54, n. 2, p. 249-270, jun. 1994.

DEFFAINS, Bruno. The Economics of Legal Harmonization and Legal Convergence. In: CHANG, Yun-Chien et al. (ed.). *Private Law in China and Taiwan: Legal and Economic Analyses*. Nova York: Cambridge University Press, 2016, p. 61-303.

DELAUME, Georges. What Is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 28, n. 2, p. 258-279, 1979.

DELLA VALLE, Martim. *Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional*. São Paulo: Atlas, 2012.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DERAINS, Yves. L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international. *Revue de l'Arbitrage*, n. 3, p. 370-375, 1986.

DERAINS, Yves. L'Obligation de Minimiser le Dommage dans la Jurisprudence Arbitrale. *International Business Law Journal*, v. 1987, n. 4, 1987, p. 375-382.

DESPAGNET, Frantz. Des Conflits de Lois Relatifs a la Qualification des Rapports Juridiques. *Journal du Droit international Privé & Jurisprudence Comparée – Clunet*, v. 25, p. 253-273, 1898.

DESPAGNET, Frantz. *L'Ordre Public en Droit International Privé. Journal du droit international privé: recueil critique de doctrine, jurisprudence et législation, concernant les étrangers et les conflits de lois dans les différents pays*. Paris : Marchal et Billard, 1874.

DI MAJO, Adolfo. L'Osservanza della Buona Fede nei Principi UNIDROIT sui Contratti Commerciali Internazionali. *In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão : Giuffrè, 1997, p. 143-160.

DI MATTEO, Larry *et al.* The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 24, n. 2, p. 299-440, 2004.

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistemas de Derecho Civil*. V. II. 4. ed. Madrid : Tecnos, 1986.

DINUCCI, Aldo. *Introdução ao Manual de Epitecto*. São Cristóvão: Universidade Federal de Sergipe, 2012.

DINUCCI, Aldo; JULIEN, Alfredo. *Encheiridion de Epitecto: tradução do grego, introdução e comentário*. Coimbra: Annablume, 2014.

DIONISI-PEYRUSSE, Amélie. *Droit Civil – Les Obligations*. Paris: CNFPT, 2008. v. 2.

DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1979.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DORBECK-JUNG, Bärbel. Global Trade: Changes in the Conceptualisation of Legal Certainty? *In: GESSNER, Volkmar. (ed.). Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*. Oxford: Hart, 2009, p. 289-312.

DOMAT, Jean. *Les Loix Civiles dans Leur Ordre Naturel*. Tomo I. Paris: Coignard, 1689.

DONAHUE JR., Charles. Medieval and Early Modern Lex mercatoria: an attempt at the probatio diabolica. *Chicago Journal of International Law*, V. 5, n. 1, 2004, p. 21-38.

DVOŘÁK, Petr. The Concurrentism of Thomas Aquinas: Divine Causation and Human Freedom. *Philosophia*, v. 41, p. 617-634, 2013.

EATON, Jonathan; KORTUM, Samuel. Technology, Geography, and Trade. *Econometrica*, v. 70, n. 5, p. 1741-1779, 2002.

ECO, Umberto. *How to Write a Thesis*. Londres: MIT Press, 2015.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

EDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International Sales Law*. Nova York: Oceana, 1992.

EFRAT, Asif. Promoting trade through private law: Explaining international legal harmonization. *The Review of International Organizations*. V. 11, n. 3, p. 311-336, 2016.

EHLE, Bernd. Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions. *Comparative Law Yearbook of International Business*, n. 27, p. 287-310, 2005.

EISENBERG, Melvin. *Foundational Principles of Contract Law*. Nova York: Oxford University Press, 2018.

EISENBERG, Melvin. Impossibility, Impracticability, and Frustration. *Journal of Legal Analysis*, v. 1, n. 1, p. 207-261, 2009.

EISENBERG, Melvin. Relational Contracts. In: BEATSON, Jack; FRIEDMAN, Daniel (ed.) *Good Faith and Fault in Contract Law*. Nova York, Oxford University Press, 1997, p. 291-304.

EISENBERG, Melvin. The Theory of Contracts. BENSON, Peter (ed.). *The Theory of Contract Law: New Essays*. Nova York: Cambridge University Press, 2001.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts. *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 4, p. 1475-1512, 2009.

ELLGER, Reinhardt. Overriding Mandatory Provisions. In: BASEDOW, Jürgen *et al.* *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. V. II. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ENGEL, Charles; ROGERS, John. How Wide is the Border? *The American Economic Review*, v. 86, n. 5, p. 1112-1125, 1996.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1933. v. 1.

EPSTEIN, Richard. Confusion about Custom: Disentangling Informal Customs from Standard Contractual Provisions. *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 3, p. 821-835, 1999.

EPSTEIN, Richard. Reflections on the Historical Origins and Economic Structure of the Law Merchant. *Chicago Journal of International Law*, v. 5, n. 1, p. 1-20, 2004.

ESPINOSA, Baruch. *Ethics*. Nova York: Hafner Publishing Co., 1954.

EUROPEAN Parliament Resolution of 3 September 2008 on the common frame of reference for European contract law, 3 set. 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008IP0397&from=EN>. Acesso em: 16 abr. 2023.

FADLALLAH, Ibrahim. *L'Ordre Public dans Les Sentences Arbitrales. Recueil des Cours*, Leiden, v. 249, 1994.

FARIA, José Angelo Estrella. Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage? *Uniform Law Review*, v. 14, n. 1-2, p. 207-221, 2009.

FARIA, José Angelo Estrella. The Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws. *Uniform Law Review*, v. 21, n. 2-3, p. 248-249, 2016.

FARNSWORTH, E. Allan. A Common Lawyer's View of his Civilian Colleagues. *Louisiana Law Review*, v. 57, n1, p. 227-238, 1996.

FARNSWORTH, E. Allan. Comparative Contract Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Nova York: Oxford University Press, 2006. p. 1-26.

FARNSWORTH, E. Allan. Damages and Specific Relief. *The American Journal of Comparative Law*, v. 27, n. 2/3, p. 247-253, 1979.

FARNSWORTH, E. Allan. Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, New Orleans, v. 3, p. 47-60, 1995.

FARNSWORTH, E. Allan. Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code. *The University of Chicago Law Review*, v. 30, n.4, p. 666-679, 1963.

FARNSWORTH, E. Allan. Good Faith in Contract Performance. In: BEATSON, Jack e FRIEDMANN, Daniel (org.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Nova York: Oxford University Press, 1995. p. 153-170.

FARNSWORTH, E. Allan. The Vienna Convention: History and Scope. *International Lawyer*, v. 18, n. 1, p. 17-20, 1984.

FAUVERQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis (ed.). *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. Munique: Sellier, 2008.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Les Contrats du Commerce International, Una Approche Nouvelle: Les Principes d'UNIDROIT Relatifs aux Contrats du Commerce International. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 50, n. 2, p. 463-489, 1998.

FAUVERQUE-COSSON. Bénédicte. La Reforme du Droit Français des Contrats dans le Contexte de L'arbitrage Commercial International. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 13, n. 50, p. 449-466, 2016.

FAUVERQUE-COSSON, Bénédicte. Negotiation and Renegotiation: A French Perspective. In: CARTWRIGHT, John *et al.* (ed.) *Reforming the French Law of Obligations*. Oxford: Hart, 2009. p. 33-50.

FELEMEGAS, John. *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Nova York: Cambridge University Press, 2006.

FELEMEGAS, John. Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL. *Pace International Law Review*, V. 13, n.º. 2, p. 399-406, 2001.

FELEMEGAS, John. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation. Disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/united-nations-convention-contracts-international-sale-goods-article-7-and-1#ch3>. Acesso em: 16 abr. 2023.

FENWICK, Mark; WRBKA, Stefan. The Shifting Meaning of Legal Certainty. In: FENWICK, Mark; WRBKA, Stefan. *Legal Certainty in a Contemporary Context*. Cham: Springer, 2016, p. 1-26.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, Santiago. *Trade and the MDGs: How Trade Can Help Developing Countries Eradicate Poverty*. Disponível em: <https://www.un.org/en/chronicle/article/trade-and-mdgs-how-trade-can-help-developing-countries-eradicate-poverty>. Acesso em: 16 abr. 2023.

FERRARI, Franco. A New Paradigm for International Uniform Substantive Law Conventions. *Uniform Law Review*, v. 24, n. 3, p. 467-483, 2019.

FERRARI, Franco. Exclusion et Inclusion de la CVIM. *International Business Law Journal*, v. 2001, n. 3-4, p. 401-414, 2001.

FERRARI, Franco. Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law. *International Business Law Journal*, v. 2, n. 2, p. 143-163, 2003.

FERRARI, Franco. International Business, Law Merchant and Law School Curricula. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 6, n. 1, p. 95-98, 1994.

FERRARI, Franco. PIL AND CISG: Friends or Foes. *Journal of Law and Commerce*. V. 31, p. 45-102, 2012-2013.

FERRARI, Franco. What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG. *International Review of Law and Economics*, v. 25, n. 3, p. 1-25, 2015.

FERRARI, Franco. The CISG and its Impact on National Legal Systems – General Report. In.: FERRARI, Franco (ed.) *The CISG and its Impact on National Legal Systems*. Munique: Sellier, 2008, p. 413-480.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA, Pedro Cavalcanti; Veloso, Fernando. O Desenvolvimento Brasileiro no Pós-Guerra. In: VELOSO, Fernando *et al.* (org.). *Desenvolvimento Econômico - Uma Perspectiva Brasileira*. São Paulo: Atlas, 2021.

IORE, Pasquale. *De la Irretroactividad y Interpretación de las Leyes: Estudio Crítico y de Legislación Comparada*. Madrid: Revista General de Legislación, 1900.

FLECHTNER, Harry. Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C. *Journal of Law and Commerce*. n. 8, p. 53-108, 1988.

FLECHTNER, Harry. Uniformity and Politics: Interpreting and Filling Gaps in the CISG. In: MANKOWSKI, Peter; WURMNEST, Wolfgang (ed.). *Festschrift Für Ulrich Magnus*. Munique: Sellier, 2014, p. 193-207.

FONTAINE, Marcel. Hardship, CISG and the UNIDROIT Principles: an Important Decision of the Belgian Court de Cassation. In: JUNIOR, Umberto Celli *et al.* (coord.) *Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 123-139.

FONTAINE, Marcel. Les Clauses Limitatives et Exoneratoires de Responsabilite et de Garantie dans les Contrats Internationaux. *International Business Law Journal*. V. 1985, n. 4, p. 435-478, 1985.

FONTAINE, Michel. Les Dispositions Relatives au Hardship et à la Force Majeure. In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997, p. 183-191.

FONTAINE, Marcel. Les Principes pour le Contrats Commerciaux Internationaux élaborés par UNIDROIT. *Revue de Droit International et Droit Comparé*, v. 68, n. 1, p. 25-40, 1991.

FORTEAU, Mathias. L'Ordre Public 'Transnational' ou 'Réellement International'. *Journal du Droit International*, n. 1, p. 3-49, 2011.

FOUCHARD, Philippe *et al.* Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman. Paris: Litec, 1982.

FOUNTOULAKIS, Christiana. The Parties' Choice of 'Neutral Law' in International Sales Contracts. *European Journal of Law Reform*, v. 7, n. 3/4, p. 303-329, 2005.

FOYER, Jacques. Remarques sur l'Évolution de l'Exception d'Ordre Public International depuis la Thèse de Paul Lagarde. In: *Mélanges en Honneur de Paul Lagarde – Le Droit International Privé: Esprit et Méthode*. Paris: Dalloz, 2005, p. 288 e ss.

FERRARI, Massimo; GIOVANNI, Alberto; POMPEI, Massimo. The challenge of infrastructure financing. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 32, N. 3, p. 446-474, 2016.

FLECHTNER, Harry M. The Exemption Provisions of the Sales Convention, including Comments on 'Hardship' Doctrine and the 19 June 2009 Decision of the Belgian Cassation Court. *Legal Studies Research Paper Series Working Paper N°. 2011-09*, p. 1-15. Disponível em:

<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=870067088114087015018088092066067108058045018002021023103089072113114122022086080007037114118031122002109096126086020008088095057019039084049120097077079112019028004022023000125023094104080094019016079066075091019118095119024116006118121084025031096&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em: 16 abr. 2023.

FLECHTNER, Harry M. The UN Sales Convention (CISG) and MCC-Marble Ceramic Center Inc. v. Cerarnica Nuova D'Agostino, SpA: the eleventh circuit weighs in on interpretation, subjective intent, procedural limits to the conventions's scope, and the parol evidence rule'. *Journal of Law and Commerce*, v. 18, p. 269-284, 1999.

FONTAINE, Marcel ; LY, Filip de. *Droit des Contrats Internationaux: Analyse et Rédaction de Clauses*. 2ème ed. Paris: Bruylant, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 13ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCESCAKIS, Phocion. Quelques Precisions sur les 'Lois d'application Immediate' et Leurs Rapports avec les Règles de Conflits de Lois. *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 55, n. 1, p. 1-18, 1966.

FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. Londres: Stevens & Sons, 1949.

FREITAS DA ROSA, Afonso Claudio. *Estudos de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1916.

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. Public Policy: Common Principles in the American States. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 379, 2016.

FRIED, Charles. *Contract as a Promise*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015.

FRIEDE, Reis. Antinomias e Critérios Solucionadores. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 89, n. 2, p. 143-160, 2017.

FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy. *Journal of Legal Studies*, v. 18, n 1, p. 1-24, 1989.

FULLER, Lon. Consideration and Form. *Columbia Law Review*. v. 41, n. 5, p. 789-824, 1941.

FURMSTON, Michael. The UNIDROIT Principles and International Commercial Arbitration. In: BÉRAUDO, Jean-Paul, *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria*. Paris: ICC Publishing, 1995.

GABRIEL, Henry Deeb. The Advantages of Soft Law in International Commercial Law. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 34, n. 3, p. 655-672, 2009.

GABRIEL, Henry Deeb. The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been? *Michigan Journal of International Law*, v. 40, n. 3, p. 413-432, 2019.

GABRIEL, Henry Deeb. The Use of the UNIDROIT Principles as Neutral Law in Arbitration. *Journal of Arbitration Studies*, v. 23, n. 3, p. 39-49, 2013.

GABRIEL, Henry Deeb. The UNIDROIT Principles of International Contracts as a Basis for Teaching Law Reform and Other Legal Skills in the Course on Transnational Law. *ELTE Law Journal*, v. 127, n 2, p. 127-135, 2015.

GAILLARD, Emmanuel. Aspect Philosophiques du Droit de l'Arbitrage International. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 329, 2007.

GAILLARD, Emmanuel. Dialogue Des Ordres Juridiques: Ordre Juridique Arbitral et Ordres Juridiques Étatiques. *Revue de L'Arbitrage*, v. 2018, n. 3, p. 493-512, 2018.

GAILLARD, Emmanuel. Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, v. 10, n. 2, p. 208-231, 1995.

GAILLARD, Emmanuel. Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making. *Arbitration International*, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001.

GAL, Imre. The Commercial Law of Nations and the Law of International Trade. *Cornell International Law Journal*, v. 6, n. 1, p. 55-75, 1972.

GALGANO, Francisco; MARRELLA, Fabrizio. *Diritto del Commercio Internazionale*. 3a ed. Roma: CEDAM, 2011.

GAMA JR., Lauro. *Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: Soft law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAMA JR., Lauro. *Les Principes d'UNIDROIT et la Loi Régissant les Contrats de Commerce*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 406, 2020.

GAMA JR., Lauro. O Impacto da CISG no Direito Contratual Brasileiro. In: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo (coord.). *Direito Contratual e Convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 9-23.

GAMA JR., Lauro. Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos do Comércio Internacional 2004 e o Direito Brasileiro: Convergências e Possibilidades. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 48-100, 2006.

GAMA JR., Lauro. Os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos do Comércio Internacional: Uma Nova Dimensão Harmonizadora dos Contratos Internacionais. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes *et al* (org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 95-142.

GAMA JR., Lauro. Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil. *Uniform Law Review*, v. 16, n. 3, p. 613-656, 2011.

GAMA Jr., Lauro; TEIXEIRA, Bruno Barreto de A. Remédios do Comprador (e outros remédios ligados ao inadimplemento do vendedor) (Arts. 45.52 da CISG). In: VENOSA, Sílvio de Salvo *et al*. (org). *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015.

GANNAGÉ, Léna. Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques: retour sur un mal-aimé. *In: FOYER, J.; COURBE, P. et al. Le monde du droit: mélanges offerts à Jacques Foyer*. Paris: Economica, 2008. p. 417-426.

GANNAGÉ, Léna. Le contrat sans loi en droit international privé. *In: BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ERP, Sjeb (org.). Rapports généraux du XVIIe congrès de l'Académie internationale de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 275-308.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José La Racionalidad Económica del Derecho Internacional Privado. *In: CURSOS De Derecho Internacional Y Relaciones Internacionales De Vitoria-Gasteiz*. Biscaia: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2001. v. 1. p. 87-154.

GARRO, Alejandro. Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *The International Lawyer*, v. 23, n. 2, p. 443-483, 1989.

GARRO, Alejandro; RODRÍGUEZ, José A. Moreno. The UNIDROIT Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform Interpretation of National Laws. *In: GARRO, Alejandro; RODRÍGUEZ, José A. Moreno. (ed.). Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*. Cham: Springer, 2021, p. 51-70.

GARTZKE, Erik; ZHANG, Jiakun Jack. Trade and War. *In: MARTIN, Lisa L. The Political Economy of International Trade*. Nova York: Oxford University Press, 2015.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. De Quelques Sources Internationales du Droit International Privé : Ordre ou Désordre? *In: COURBE, Patrick et al. Le Monde du Droit: Ecrits Rédigés en l'Honneur de Jacques Foyer*. Paris: Economica, 2008, p. 463-486.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. L'Autonomie de la Volonté: jusqu'ou ? HEUZÉ, Vincent *et al. Mélanges en l'Honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015, p. 273-281.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le Pluralisme en Droit International Privé: Richesses et Faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Recueil des Cours*, Leiden, n. 312, 2005.

GIARDINA, Andrea. I Principi UNIDROIT Quale Lege Regolatrice dei Contratti Internazionali (I Principie d il Diritto Internazionale Privato). *In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997. p. 55-70.

GIBSON DUNN. New York Updates Law on Recognition of Foreign Country Money Judgments to Bring in Line with Other U.S. Jurisdictions, 22 jun. 2021. Disponível em <https://www.gibsondunn.com/new-york-updates-law-on-recognition-of-foreign-country-money-judgments-bring-in-line-with-other-us-jurisdictions/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

GÉLINAS, Fabien (ed.). *Trade Usage and Implied Terms in the Age of Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2016.

GÉLINAS, Fabien. Codes, Silence et Harmonie - Réflexions sur les Principes Généraux et les Usages du Commerce dans le Droit Transnational des Contrats. *Cahiers de Droit*, v. 46, n. 4, p. 941-960, 2005.

GENY, François. *Science et Technique en Droit Privé Positif*. Paris: Sirey, 1915. t. 2.

GENY, François. *Science et Technique en Droit Privé Positif*. Paris: Sirey, 1921. t. 3.

GERMANY. Federal Ministry of Justice. German Civil Code. Tradução disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0406. Acesso em: 16 abr. 2023.

GESSNER, Volkmar. Towards a Theoretical Framework for Contractual Certainty in Global Trade. In: GESSNER, Volkmar (ed.). *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*. Oxford: Hart, 2009. p. 1-26.

GILLETTE, Clayton. Harmony and Stasis in Trade Usages for International Sales. *Virginia Journal of International Law*, v. 39, n. 3, p. 707-741, 1999.

GILLETTE, Clayton. The Law Merchant in the Modern Age: Institutional Design and International usages under the CISG. *Chicago Journal of International Law*, v. 5, n. 1, p. 157-179, 2004.

GILLETTE, Clayton; WALT, Steven. *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*. 2nd ed. Nova York: Cambridge University Press, 2016.

GILLETTE, Clayton; FERRARI, Franco. Warranties and ‘Lemons’ under CISG Article 35(2)(a). *Internationales Handelsrecht*, v. 10, n. 1, p. 2-17, 2010.

GILLETTE, Clayton; SCOTT, Robert E. The Political Economy of International Sales Law. *International Review of Law and Economics*, v. 25, n. 1, p. 461-477, 2005.

GILLETTE, Clayton; WALT, Steven. *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*. 2nd ed. Nova York: Cambridge University Press, 2016.

GIRSBERGER, Daniel; ZAPOLSKIS, Paulius. Fundamental Alteration of The Contractual Equilibrium under Hardship Exemption. *Jurisprudence*, v. 19, n. 1, p. 121-141, 2012.

GLEN, Patrick. Law as Asymmetric Information: Theory, Application, and Results in the Context of Foreign Direct Investment in Real Estate. *Berkeley Business Law Journal*, v. 8, n. 1, p. 116-151, 2011.

GODWIN, William. *International Construction Contracts*. Londres: Wiley-Blackwell, 2013.

GOETZ, Charles; SCOTT, Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. *Columbia Law Review*, v. 77, p. 554-594, 1977.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Principles of Relational Contracts. *Virginia Law Review*, v. 67, n. 6, p. 1089-1150, set. 1981.

GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. The Mitigation Principle: Toward A General Theory of Contractual Obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 6, p. 967-1024, 1993.

GOLDBERG, Victor P. An economic analysis of the lost-volume retail seller. *Southern California Law Review*, v. 57, p. 283-298, 1984.

GOLDBERG, Victor. Impossibility and Related Excuses. In: GOLDBERG, Victor P. (ed.). *Readings in the Economics of Contract Law*. Nova York: Cambridge University Press, 1993, p. 221-224.

GOLDBERG, Victor P. Relational Exchange: Economics and Complex Contracts. In: *Readings in the Economics of Contract Law*. Nova York: Cambridge University Press, 1992, p. 16-20.

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

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A Theory of Customary International Law. *The University of Chicago Law Review*, v. 66, n. 4, p. 1113-1177, 1999.

GOLDSTAJN, Alexander. International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law – I. In: SCHMITTHOFF, Clive. *The Sources of the Law of International Trade with Special Reference to East-West Trade*. Londres: Stevens & Sons, 1964, p. 171-185.

GOLDSTAIJN, Aleksandar. The New Law Merchant Reconsidered. In: FABRICIUS, Fritz (ed.). *Law and international trade: Festschrift für Clive M. Schmitthoff zum 70. Geburtstag*. Frankfurt: Athenäum, 1973.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria; ALBORNOZ, María Mercedes. El Auge de las Fuentes Soft en el Comercio Internacional en Tiempos de Globalización. In: BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.). *Fuentes del Derecho Internacional desde una visión latinoamericana*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018. p. 227-243.

GOODE, Roy; KRONKE, Herbert; MCKENDRICK, Ewan. *Transnational Commercial Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

GOODE, Roy. Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 46, n. 1, p. 1-36, 1997.

GORDLEY, James. Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances. *The American Journal of Comparative Law*, v. 52, n. 3, p. 513-530, 2004.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros. Princípios, a [In]segurança jurídica e o magistrado. *Revista Amagis Jurídica*, v. 4, n. 7, p. 1-6, 2019.

GREBLER, Eduardo. O direito e o comércio internacional. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5.

GREEN, Michael. Marx, Utility, and Right. *Political Theory*, v. 11, n. 3, p. 433-446, 1983.

GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e arantias em alienação de participação societária*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GRIMALDI, Michel. L'Exportation du Code Civil. *Pouvoirs*, v. 107, n. 4, p. 80-96, 2003.

GROSSMAN, Sanford; HART, Oliver. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. *Journal of Political Economy*, v. 94, n. 4, p. 691-719, 1986.

GUTIÉRREZ, Laura García. El Doble Escalón del Derecho Internacional privado: Sobre la Toma em Consideración de Otro Ordenamiento Jurídico em la Interpretación del Derecho Material Aplicable. In: HONRUBIA, Victoria *et al.* *Pacis Artes: Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*. Madrid: Eurolex, 2005. t. 2. p. 1547-1561.

GUTZWILLER, Max. Le Développement Historique du Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 29, 1929.

HADDAD, Claudio. Concentrar no Fundamental. In: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando. *Sociedade e economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2009. p. 143-152.

HADFIELD, Gillian. The Public and Private in the Provision of Law. *USC Legal Studies Research Paper*, n. 9-28, p. 1-28, 2009.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Official Commentary to the Hague Principles. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>. Acesso em: 16 abr. 2023.

HAMPSHIRE, Stuart. Spinoza's Theory of Human Freedom. *The Monist*. v. 55, n. 4, p. 554-566, 1971.

HARDIE, W. F. R. Aristotle and the Freewill Problem. *Philosophy*, v. 43, n. 165, p. 274-278, 1968.

HARRIS, Jonathan. Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation. In: FERRARI, Franco; LEIBLÉ, Stefan. *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Munique: Sellier, 2009. p. 269-342.

HARSANYI, John. Utilities, Preference and Substantive Goods. United Nations World Institute for Development Economics Research Working Papers n. 101, 1992. Disponível em: <https://www.wider.unu.edu/sites/default/files/WP101.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

HART, Oliver. Incomplete Contracts and the Theory of the Firm. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 4, n. 1, p. 119-139, 1988.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1961.

HART, Oliver; HOLMSTROM, Bengt. The Theory of Contracts. *MIT Department of Economics Working Paper*, n. 418, 1986.

HARTLEY, Trevor. Mandatory rules in international contracts: the common law approach. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 266, 1997.

HARTLEY, Trevor. The Modern Approach to Private International Law. International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 319, 2006.

HAZELHORST, Monique. *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*. Cham: Springer, 2017.

HCCH. Introduction to the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text>. Acesso em: 16 abr. 2023.

HEALY, Thomas. Théorie Générale de l'Ordre Public. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 9, 1925.

HEIDEMANN, Maren. *Methodology of Uniform Contract Law*. Cham: Springer, 2007.

HEINEN, Juliano; SOARES, Leonela. A estrutura Teórico-dogmática do Equilíbrio Contratual no Direito Privado – pode ser ele considerado um princípio geral do direito? *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 28, p. 15-42, 2021.

HEISS, Helmut. The Principles of Reinsurance Contract Law: An Optional Instrument of Transnational Reinsurance Law. *Uniform Law Review*, v. 25, n. 1, p. 4-20, 2020.

HEUBLE, Matthias. Border Effect Estimates for France and Germany Combining International Trade and Intranational Transport Flows. *Review of World Economics*, v. 143, n. 3, p. 433-463, 2007.

HELD, David. The Changing Structure of International Law. In: HELD, David; MCGREW, Anthony. *The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate*. 2nd ed. Cambridge: Polity, 2003. p. 162-176.

HELFAT, Constance; TEECE, David. Vertical Integration and Risk Reduction. *Journal of Law, Economics, & Organization*, v. 3, n. 1, p. 47-67, 1987.

HELLNER, Michael. Third Country Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles. *Journal of Private International Law*, v. 5, n. 3, p. 447-470, 2009.

HEMINGWAY, Richard. The Farmout Agreement: A Story Short but not Always Sweet. *Natural Resources & Environment*, v. 1, n. 2, 1985.

HENRY, Robert. Cause in the Civil Law and Consideration in the Common: Much Ado About Nothing. *Kentucky Law Journal*, v. 29 n. 4, p. 369-401, 1941.

HERMALIN, Benjamin *et al.* The Law and Economics of Contracts. *In: POLINKSY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Handbook Of Law and Economics.* Nova York: Elsevier, 2006. v. 1. p. 1-139.

HERMANN, Gerold. The Contribution of UNCITRAL to the Development of International Trade Law. *In: HORN, Norbert e SCHMITTHOFF, Clive (ed.). The Transnational Law of International Commercial Transactions.* Londres: Kluwer Law International, 1982. p. 35-50.

HEYDEBRAND, Wolf. Contractual Certainty versus Efficiency: The Historical and Institutional Context of Global Trade. *In: GESSNER, Volkmar. (ed.). Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges.* Oxford: Hart, 2009. p. 313-342.

HILL, Jonathan. Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 2, p. 325-350, 2004.

HILL, Richard. A Businessman's View of the UNIDROIT Principles. *Journal of International Arbitration*, v. 13 n. 2, p. 163-168, 1996.

HILLMAN, Robert. A Practical View of Impracticability. *Cornell Law Forum*, v. 16, n. 2, 1989.

HILLMAN, Robert. Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law. *Duke Law Journal*, v. 1987, n. 1, p. 1-33, 1987.

HILLMAN, Robert. Maybe Dick Speidel Was Right About Court Adjustment. *San Diego Law Review*, v. 46, p. 595-607, 2009.

HILLMAN, Robert. *Principles of Contract Law*. 3rd ed. St. Paul: West, 2004.

HIPONA, Aurélio Agostinho de. *O Livre-Arbitrio*. São Paulo: Paulus, 1995.

HOEKSTRA, Johanna. The Normative Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on Courts. *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, v. 23, n 1, p. 54-80, 2019.

HOEKSTRA, Johanna. Political Barriers in the Ratification of International Commercial Law Conventions. *Uniform Law Review*, v. 26, n, 1, p. 43–66, 2021

HONNOLD, John. The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the International Sale of Goods. *The American Journal of Comparative Law*, v. 13, n. 3, p. 326-353, 1964.

HONNOLD, John. The Uniform Law for the International Sale of Goods: The Hague Convention of 1964. *Law and Contemporary Problems*, v. 30, n. 2, p. 351-357, 1965.

HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. Nova York: Kluwer Law International, 1999.

HONRUBIA, Victoria *et al.* Pacis Artes: Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos. Madrid: Eurolex, 2005. t. 2.

HOWTE, William Wirt. Jus Gentium and Law Merchant. *The American Law Register*, v. 50, n. 7, p. 375-393, 1902.

HORN, Norbert. Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce. In: HORN, Norbert (ed.). *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*. Frankfurt: Kluwer, 1985.

HUBER, Peter. Introduction to Section 7.3. of the PICC. In: VOGENAUER, Stefan (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts (PICC)*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015.

HUBER, Peter. Some Introductory Remarks on the CISG. *Internationales Handelsrecht*, v. 6, n 6, 2006.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*. Munique: Sellier, 2007.

HUCK, Hermes Marcelo. Lex Mercatoria - Horizonte e Fronteira Do Comercio Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 87, p. 213-235, 1992.

HUGHES, Will *et al.* *Construction Contracts Law and Management*. 5th ed. Londres: Routledge, 2015.

HUGO, Victor. *Discours d'Ouverture Prononcé au Congrès de la Paix, 21 ago. 1849*. Disponível em: <https://www.herodote.net/Textes/victor-hugo-discours-du-congres-de-la-paix.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. Oxford: Clarendon Press, 1896.

HUNT, Edwin e MURRAY, James. *A History of Business in Medieval Europe – 1200-1500*. Nova York: Cambridge University Press, 1999.

HUO, Zhengxin. An Imperfect Improvement: The New Conflict of Laws Act of the People's Republic of China. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 60, n. 4, p. 1065-1093, 2011.

INFANTE, Fábio. A boa-fé no comércio internacional. In: JUNIOR, Umberto Celli *et al.* (coord.). *Arbitragem e comércio internacional: estudos em homenagem a Luiz Olavo Baptista*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

JACQUET, Jean-Michel. Droit International Prive et Arbitrage Commercial International. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 396, 2019.

JACQUET, Jean-Michel. La Aplicación de las Leyes de Policía en Materia de Contratos Internacionales. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, v. 10, p. 35-48, 2010.

JACQUET, Jean-Michel. L'Incorporation de la loi dans le contrat. *Droit international privé: Travaux du Comité Français de Droit International Privé*. v. 12, 1996.

JACQUET, Jean-Michel. La Norme Juridique Extraterritoriale dans le Commerce International. *Journal du Droit International*, v. 112, n. 2, p. 327-405, 1985.

JACQUET, Jean-Michel. Le Principe d'Autonomie entre Consolidation et Évolution. In: Dalloz. (ed.). *Vers de Nouveaux Équilibres entre Ordres Juridiques: Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*. Paris: Dalloz, 2008, p. 727-745.

JACQUET, Jean-Michel. L'Ordre Public Transnational. In: LOQUIN, Éric; MANCIAUX, Sébastien (org.). *L'Ordre Public et L'Arbitrage*. Paris: LexisNexis, 2014, p. 103-116.

JANSEN, Sanne. Price Reduction under the CISG: A 21st Century Perspective. *Journal of Law and Commerce*, v. 32, p. 325-379, 2014.

JAVONS, William Stanley. *The Theory of Political Economy*. 3rd ed. Londres: MacMillan, 1888.

JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e a Cultura Pós-Moderna. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 1, n. 1, p. 105-114, 1996.

JAYME, Erik. Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 251, 1995.

JAYME, Erik. L'Autonomie de la Volonté des Parties dans les Contrats Internationaux entre Personnes Privées. *Annuaire du Institut de Droit International*, v. 64, n. 1, 1991.

JESUS, Diego Santos Vieira de. O baile do monstro: o mito da paz de Vestfália na história das relações internacionais modernas. *História*, São Paulo, v. 29, n. 2, p. 221-232, 2010.

JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

JUENGER, Friedrich. Lex Mercatoria and Private International Law. *Louisiana Law Review*. V. 60, n 4, p. 1.133-1.150, 2000.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, CASS R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, v. 50, p.1471-1550, 1998.

JUSTO, António Santos. A Segurança Jurídica do Comércio e a Função do Notariado (Direito Romano). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 84, p. 45-64, 2009.

KADENS, Emily. The Myth of the Customary Law Merchant. *Texas Law Review*, v. 90, n. 5, p. 1153-1206, 2012.

KAHKONEN, Satu; MEAGHER, Patrick. Contract Enforcement and Economic Performance. *Journal of African Development*, v. 4 n. 1, p. 9-30, 2001.

KAHN, Philippe. Droit International Économique, Droit du Développement, Lex Mercatoria : Concept Unique ou Pluralisme des Ordres Juridiques? In: BAPTISTA, Luiz Olavo;

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5. p. 97-107.

KAHN, Philippe. Les Principes UNIDROIT comme Droit Applicable aux Contrats Internationaux. In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KAPTEYN, Arie. Utility and Economics. *De Economist*, v. 133, n. 1, p. 1-20, 1985.

KASSEDJIAN, Katherine. Competing Approaches to Force Majeure and Hardship. *International Review of Law and Economics*, v. 25, n. 3, p. 415-443, 2005.

KATZ, Avery. Contractual Enforcement Institutions and the Structure of Information. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 164, n. 1, p. 134-154, 2008.

KATZ, Avery. The Economics of Form and Substance in Contract Interpretation. *Columbia Law Review*, v. 104, p. 496-538, 2004.

KATZ, Avery. The Relative Costs of Incorporating Trade Usage into Domestic versus International Sales Contracts: Comments on Clayton Gillette, Institutional Design and International Usages under the CISG. *Chicago Journal of International Law*, v. 5, n. 1, p. 181-190, 2004.

KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. *Michigan Law Review*, v. 89, p.215-295, 1990.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 1, n. 2, p. 1-17, 2010.

KAY, Herma Hill. A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 215, p. 9-383, 1989.

KEGEL, Gerhard. The Crisis of Conflict of Laws. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 112, 1964.

KELLER, Bertram. Favor Contractus: Reading the CISG in Favor of the Contract. ANDERSEN, Camilla Baasch; SCHROETER, Ulrich (ed.). *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill, 2008, p. 247-266.

KELSEN, Hans. El Principio de Igualdad de Soberanía entre los Estados como Base de la Organización Internacional. *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, v. 31, n. 3, p. 773-793, 1944.

KELSEN, Hans. *Il Problema della Sovranità e la Teoria del Diritto Internazionale*: contributo per una dottrina pura del diritto. Milão: Giuffrè, 1989.

KELSEN, Hans. Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 14, 1926.

KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. Nova York: Rinehart, 1959.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KING, Mervyn A. Economic Growth and Social Development: A Statistical Investigation. *The Review of Income and Wealth*, v. 20, n. 3, p. 251-272, 1974.

KIRSTEIN, Roland *et al.* Conflict of law Rules and International Trade: A Transaction Costs Approach. CSLE Discussion Paper n. 2004-01, p. 3. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10419/23042>. Acesso em: 16 abr. 2023.

KLASS, Gregory. Efficient Breach. In: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. *Philosophical Foundations of Contract Law*. Nova York: Oxford University Press, 2014, p. 362-387.

KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. *Philosophical Foundations of Contract Law*. Nova York: Oxford University Press, 2014.

KLEE, Lukas. *International Construction Contract Law*. 2nd ed. Londres: Wiley Blackwell, 2018.

KLEIMAN, Ephraim. Trade and the Decline of Colonialism. *The Economic Journal*, v. 86, n. 343, p. 459-475, 1976.

KLEIN, Daniel. The Islamic and Jewish Laws of Usury: A Bridge to Commercial Growth and Peace in the Middle East. *Denver Journal of International Law & Policy*, v. 23, n. 3, p. 1-20, 1995.

KLEINHEISTERKAMP, Jan. Legal Certainty, Proportionality and Pragmatism: Overriding Mandatory Laws in International Arbitration. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, 2018.

KOHLER, Christian. L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: un Principe Universel entre Libéralisme et Étatisme. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 359, 2013.

KOMAROV, Alexander. Contract Interpretation and Gap Filling from the Prospect of the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, p. 29-46, 2017.

KONRADI, Wioletta. The Role of Lex Mercatoria in Supporting Globalised Transactions: An Empirical Insight into the Governance Structure of the Timber Industry. In: GESSNER, Volkmar (ed.). *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*. Oxford: Hart, 2009. p. 49-86.

KONO, Toshiyuki. Efficiency in Private International Law. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 369, 2014.

KONTOROVICH, Eugene. Inefficient Customs In International Law. *William and Mary Law Review*, n. 48, n. 3, p. 864-922, 2006.

KORNHAUSER, Lewis. The Non-Consequentialist Uses of Economic Analysis: A Comment on Dagan and Kreitner, Economic Analysis in Law. *Yale Journal on Regulation*, v. 38, p. 159-171, 2021.

KOSTERS, Jan. Public Policy in Private International Law. *Yale Law Journal*, v. 29, p. 745-766, 1919-1920.

KOTRUSZ, Juraj. Gap-Filling the CISG by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Uniform Law Review*, v. 14, n. 1-2, p. 5-34, 2009.

KRITZER, Albert H. *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova York: Springer, 1989.

KRÖLL, Stefan. Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application. *Journal of Law and Commerce*, v. 25, n. 1, p. 1-21, 2006.

KRÖLL, Stefan *et al.* (ed.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods – A Commentary*. Munique: Hart, 2011.

KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, María del Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods – A Commentary*. Munique: Hart, 2011.

KRONKE, Herbert. Connecting Factors and Internationality in Conflict of Laws and Transnational Commercial Law. In: BOELE-WOELKI, Katharina *et al.* (ed.). *Convergence and Divergence in Private International Law: Liber Amicorum Kurt Siehr*. A Haia: Eleven, 2010.

KRUGER, Thalia. The Quest for Legal Certainty in International Civil Cases. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 380, 2016.

KUHN, Arthur K. Les Effets de Commerce en Droit International. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 8, 1925.

KUIPERS, Jan-Jaap. *EU Law and Private International Law*. Leiden: Martinus Kijhof, 2012.

KULESZA, Gustavo. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*. São Paulo: Juruá, 2015.

KUPFER, David Sérgio. *Trajetórias de reestruturação da indústria brasileira após a abertura e a estabilização*. 1998. Tese (Doutorado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998.

KUSTER, David; ANDERSEN, Camilla Baasch. Hardly Room for Hardship – A Functional Review of Article 79 of The CISG. *Journal of Law and Commerce*, v. 35, n. 1, p. 1-20, 2016.

LAFERRIÈRE, Firmin. *Histoire du Droit Français*. Paris: Joubert, 1838. t. 1.

LAGARDE, Paul. Approche Critique de la Lex Mercatoria. In: FOUCHARD, Philippe *et al.* *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, 1982. p. 125-150.

LAGARDE, Paul; TENENBAUM, Aleni. De la Convention de Rome au Règlement Rome I. *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 97, n. 4, p. 727-780, 2008.

LAINEL, Ferdinand. *Essai sur la Théorie des Principes du Droit*. Paris: Joubert, 1844.

LAINÉ, Armand. *Introduction au Droit International Privé*. Paris: Corillon, 1888. t. 1.

LAKE, Sarah. An Empirical Study of the UNIDROIT Principles – International and British Responses. *Uniform Law Review*, v. 16, n. 3, p. 669-702, 2011.

LALIVE, Pierre. Ordre Public Transnational (ou Réellement International) et Arbitrage International. *Revue de l'Arbitrage*, v. 1986, n. 3, p. 329-373, 1986.

LALIVE, Pierre. *Reflexions sur l'Etat et ses Contrats Internationaux*. Geneva: Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1976.

LALIVE, Pierre. Réflexions sur un Ordre Public Culturel. In: WYLER Eric ; PAPAUX Alain. (ed). *L'Extranéité ou le Dépassement de l'Ordre Juridique Étatique*. Paris: Pedone, 1997. p. 155-185.

LALIVE, Pierre. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration. In: SANDERS, Pieter (ed.). *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*. Nova York: Kluwer Law International, 1987. (ICCA Congress Series, 3). p. 258-318.

LANDAU, Henry. Background to U.S. Participation in United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *International Lawyer*, v. 18, n. 1, p. 29-35, 1984.

LANDO, Ole. A Global Commercial Code. *Recht der internationalen Wirtschaft*, v. 2, 2004.

LANDO, Ole. Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation? *The American Journal of Comparative Law*, v. 40, n. 3, p. 573-585, 1992.

LANDO, Ole. Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification. *Uniform Law Review*, v. 8, n. 2, p. 363-376, 2003.

LANDO, Ole. The Role of Party Autonomy and the Relevance of Usages. In: BONELL, Michael ; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997. p. 109-125.

LANDO, Ole; NIELSEN, Peter Arnt. The Rome I Regulation. *Common Market Law Review*, v. 45, n. 6, p. 1687-1725, 2008.

LARENZ, Karl. *Base del Negocio Juridico y Cumplimiento de los Contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LARÈRE, Patrice. Les Clauses Limitatives et Exoneratoires de Responsabilite en Droit Français. *International Business Law Journal*, n. 4, p. 479-481, 1985.

LEAMER, Edward. A Flat World, a Level Playing Field, a Small World after All, or None of the above? A Review of Thomas L. Friedman's 'The World is Flat'. *Journal of Economic Literature*, v. 45, n. 1, p. 83-126, 2007.

LEGRAND, Pierre. *Le Droit Comparé*. 5ème ed. Paris: PUF, 2016.

LLEWELLYN, Karl. Why a Commercial Code. *Tennessee Law Review*, v. 22, n. 6, p. 779-785, 1953.

LEMAIRE, Sophie. La Qualification. In: AZZI, Tristan; BOSKOVIC, Olivera. *Quel Avenir pour la Théorie Générale des Conflits des Lois? Droit Européen, Droit Conventionnel, Droit Commun*. Bruxelles: Bruylant, 2015. p. 35-48.

LERMINIER, Eugène. *Philosophie du Droit*. 3ème ed. Paris: Guillaumin, 1853.

LESAFFER, Randall. *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*. Nova York: Cambridge University Press, 2009.

LEVEL, Patrice. Le contrat dit sans loi. *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1967.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

LINARELLI, John. The Economics of Private Law Harmonization. *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, v. 96, p. 339-342, 2002.

LIPSTEIN, Kurt. The General Principles of Private International Law. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 135, 1972.

LOCQUIN, Éric. Les Règles Matérielles Internationales. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 322, 2007.

LOCQUIN, Éric. Règles Matérielles du Commerce International et Droit Économique. *Revue Internationale de Droit Économique*, v. 24, n. 1, p. 81-101, 2010.

LOOKOFSKY, Joseph. *Understanding the CISG*. 4th ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2012.

LOON, Hans Van. The Global Horizon of Private International Law. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 380, 2016.

LOOKOFSKY, Joseph. Loose Ends and Contorts in International Sales: Problems in the Harmonization of Private Law Rules. *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, n. 2, p. 13, 1991.

LOOKOFSKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Encyclopaedia of Laws-Contracts*. Kluwer Law International, 1993. Disponível em: https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/lookofsky.html#b231. Acesso em: 16 abr. 2023.

LORENTZEN, Ernest. Causa and Consideration in the Law of Contracts. *The Yale Law Journal*, v. 28, n. 7, p. 621-646, 1919.

LORENZEN, Ernest G. Huber's De Conflictu Legum. In: LORENZEN, Ernest G. *Selected Articles on Conflict of Laws*. New Haven: Yale University Press, 1947, p. 136-242.

LORENZEN, Ernest G. The Hague Convention of 1912, Relating to Bills of Exchange and Promissory Notes: a Comparison with Anglo-American Law. *Illinois Law Review*, v. 11, n. 3, p. 229-240, 1916.

LORENZEN, Ernest. The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws. *Columbia Law Review*, v. 20, n. 3, p. 247-282, 1920.

LORENZEN, Ernest. Story's Commentaries on the Conflict of Laws: One Hundred Years after. *Harvard Law Review*, v. 48, n 1, p. 15-38, 1934.

LORENZEN, Ernest; HEILMAN, Raymond. The Restatement of the Conflict of Laws. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 83, n. 5, p. 555-589, 1935.

LORENZO, Sixto Sánchez. Cause de l'Engagement et Validité du Contrat: une Perspective Historique, Comparative et Internationale. In: ANCEL, Marie-Elodie *et al.* (org.). *Le Droit à l'Épreuve des Siècles et des Frontières: Mélanges en l'Honneur du Professeur Bertrand Ancel*. Paris; Madrid: LGDJ, 2018. p. 1439-1460.

LOWE, John S. Farmout. Agreements and Related Issues. *Annual Institute on Mineral Law*, v. 46, p. 104-141, 1999.

LOWE, John. Analyzing Oil and Gas Farmout Agreements. *Southwestern Law Journal*, v. 41, n. 3, p. 263-399, 1987.

LUBBE, Gerhard. Fundamental breach under the GISG: A source of fundamentally divergent results. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 68, n. 3, p. 444-473, 2004.

LUCHAIRE, François. La Sécurité Juridique en Droit Constitutionnel Français. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 11, 2001. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/secjur.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

LUDWIG, Marcos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACDONNEL, John; MANSON, Edward. *Great Jurists of the World*. Londres: John Murray, 1913.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACKAAY, Ejan. Law and Economics: What's in it For us Civilian Lawyers. In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (ed). *Law and Economics in Civil Law Countries*. Amsterdam: Elsevier, 2001. p. 23-42.

MACNEIL, Ian. Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, n. 6, p. 854-905, 1977-1978.

MACNEIL, Ian. Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 143, n. 2, p. 272-290, 1987.

MACNEIL, Ian. Uncertainty in Commercial Law. *The Edinburgh Law Review*, v. 13, n. 1, p. 68-99, 2009.

MACNEIL, Ian. Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky. *Virginia Law Review*, v. 68, n. 5, p. 947-970, 1982.

MAGALHÃES, José Carlos de. Lex Mercatoria – evolução e posição atual. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 4. p. 42-45.

MAK, Vanessa. Globalization, Private Law and New Legal Pluralism. *Jean Monnet Working Paper*, 14/15, p. 1-55, 2015.

MALLAMPALLY, Padma; SAUVANT, Karl. Foreign Direct Investment in Developing Countries. *Finance & Development*, v. 36, n 1, p. 4, mar. 1999.

MANCINI, Pasquale. *Della Nazionalità come Fondamento del Diritto delle Genti* Turim: Eredi Botta, 1851.

MANCINI, Pasquale. *Diritto Internazionale: Prelezioni con un Saggio sul Machiavelli*. Napoli: Marghieri, 1873.

MANKIW, N. Gregory. *Principles of Microeconomics*. 7th ed. Stamford: Cengage, 2015.

MANN, Francis A. England Rejects 'Delocalised' Contracts and Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*. V. 33, n. 1, p. 193-198, 1984.

MANN, Francis A. The Interpretation of Uniform Statutes. *Law Quarterly Review*, v. 62, n. 3, p. 278-292, 1946.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos Básicos de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARKESINIS, Basil. Cause and Consideration: A Study in Parallel. *The Cambridge Law Journal*, v. 37, n. 1, p. 53-58, 1978. DOI:10.1017/S0008197300092886.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Herman V. et al. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 122-138.

MARRELLA, Fabrizio. Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 36, n. 4, p. 1.137-1.188, 2003.

MARRELLA, Fabrizio. Lex Mercatoria and the UNIDROIT Principles: a Shock or a New Chapter of Contemporary Private International Law? In: YILDRIM, Ahmet Cemil; ESKİYÖRÜK, Serhat. *International Commercial Arbitration and the New Lex Mercatoria*. Istanbul: Levha, 2014, p. 75-87.

MARSHALL, Brooke Adele. The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 66, n. 1, p. 175-217, 2018.

MARSHALL, John. Moral Hazard. *The American Economic Review*, v. 66, n. 5, p. 880-890, 1976.

MARTIN, Andrew. What Does Globalization Have to do with the Erosion of Welfare States? Sorting out the Issues. In: PROGRAM FOR THE STUDY OF GERMANY AND EUROPE. [Cambridge: Center for European Studies, 1997?] (Working Paper Series, 7.1). Disponível em: http://aei.pitt.edu/63646/1/PSGE_WP7_5.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

MARTIN, Lisa L. Introduction. In: MARTIN, Lisa L. *The Political Economy of International Trade*. Nova York: Oxford University Press, 2015. p. 1-15.

MARTIN, Tim. Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, v. 22, n. 3, p. 281-340, 2005.

MARTIN, Tim; GILBERT, John; GUSY, Martin. A Global Review of Joint Operating Agreement Disputes. *The Journal of World Energy Law & Business*, v. 13, p. 205-259, 2020.

MARTIN, Tim; PARK, Jay. Global Petroleum Industry Model Contracts Revisited: Higher, faster, stronger. *Journal of World Energy Law & Business*, v. 3, n. 1, p. 4-43, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. A revisão contratual no código civil brasileiro. *Rivista Roma e America - Diritto Romano Comune*, Roma, p. 135-172, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio (coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um 'sistema em construção': as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira et al. (org.). *Princípios do novo*

código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 388-421.

MARTINS-COSTA, Judith. Efeitos Obrigacionais da invalidade: o caso dos contratos viciados por ato de corrupção. *In: BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A evolução do direito empresarial e obrigacional: 18 anos do código civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 107-135.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 1, n. 1, p. 1247-1299, 2015.

MARX, Karl. *Capital: A Critique of Political Economy*. Moscou: Progress Publishers, 1887. v.1.

MASKIN, Eric; TIROLE, Jean. Unforeseen Contingencies and Incomplete Contracts. *The Review of Economic Studies*, v. 66, n. 1, p. 83-114, 1999.

MASTEN, Scott. Contractual Choice. University of Michigan Law School, Working Paper n. 99-003, p. 1-25. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=708020093087021093087075065095103109027004061032064017118113001026088070009095098071007074070005119095087035118113029116002080081065097022117120116003079006068090118102088104071086027017&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em: 16 abr. 2023.

MASTEN, Scott E. Equity, Opportunism, and the Design of Contractual Relations. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 144, p. 180-195, 1988.

MATTIA, Fabio. Cláusula Penal Pura e Cláusula Penal Não Pura. *Revista dos Tribunais*, v. 56, n. 383, p. 35-56, 1967.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAYER, Pierre. Mandatory Rules of Law in International Arbitration. *Arbitration International*, v. 2, n. 4, p. 274-293, 1986.

MAYER, Pierre. Les Lois de Police. *In: DROIT international privé: travaux du Comité français de droit international privé – Journée du Cinquantenaire*. Travaux du Comité français de droit international privé, 1988. p. 105-120.

MAYER, Pierre. La Sentence Contraire à l'Ordre Public au Fond. *Revue de l'Arbitrage*, n. 4, p. 615-643, 1994.

MAYER, Pierre. Le Phénomène de la Coordination des Ordres Juridiques Étatiques en Droit Privé. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 327, 2007.

MAYER, Pierre *et al.* *Report on the Sixty-Ninth Conference of the International Law Association*. Londres: ILA, 2000. v. 69.

MAYER, Pierre. L'Avant-Projet d'Acte Uniforme OHADA sur le Droit des Contrats. *International Business Law Journal*, n. 3, 2008.

McCALLUM, John. National Borders Matter: Canada-US Regional Trade Patterns. *The American Economic Review*, v. 85, n. 3, p. 615-623, 1995.

MCKENDRICK, Ewan. Article 6.2.2. In: VOGENAUER, Stefan (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015.

MCKENDRICK, Ewan. *Force Majeure and Frustration of Contract*. 2nd ed. Nova York: Informa, 1995.

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Barcelona: Bosch, 1995. v. 1.

MEHREN, Arthur Von. Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis. *Harvard Law Review*, v. 72, n. 6, 1959.

MEHREN, Arthur von. Recognition and Enforcement of Foreign Judgments — General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements. *Recueil des Cours*, Leiden. n. 167, 1980.

MELATO, Eleonora. Precontractual Liability. In: DE GEEST, Gerrit (ed.). *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2011. p. 431-448.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Mandamentos, 2005.

MELLO, Celso Albuquerque de. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

MENEZES, Wagner; CARVALHO, David França Ribeiro de. The Opting-Out and Opting-In Systems of the 1980 Vienna Convention on The International Sale of Goods (CISG) and its Application in Brazil. *Revista Jurídica*, v. 1, n 50, p. 488-512, 2018.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 4.

MESKIC, Zlatan *et al.* *Balkan Yearbook of European and International Law 2020*. Cham: Springer, 2020.

MICHAELS, Ralf. Legal Medievalism in Lex Mercatoria Scholarship. *Texas Law Review*, v. 90, n. 5, p. 259-268, 2012.

MICHAELS, Ralf. Mirage of Non-State Governance. *Utah Law Review*, n. 1, p. 31-45, 2010.

MICHAELS, Ralf. O Direito Marginal. In: FARIAS, Inez; MOSCHEN, Valesca. *Desafios do direito internacional privado na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 1-24.

MICHAELS, Ralf. The New European Choice-of-Law Revolution. *Tulane Law Review*, v. 82, n. 5, p. 1607-1644, 2008.

MICHAELS, Ralf. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 447-468, 2007.

MICHAELS, Ralf. The UNIDROIT Principles as Global Background Law. *Uniform Law Review*, v. 19, n. 4, p. 643-668, 2014.

MIKELENAS, Valentinas. Unification and Harmonisation of Law at the Turn of the Millennium: The Lithuanian Experience. *Uniform Law Review*, v. 5, n. 2, p. 243-260, 2000.

MILLER, Lucinda. Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 53, n. 1, p. 79-106, 2008.

MILES, Catia Malaquias. AIPN 2002 Model Form Joint Operating Agreement in Oil and Gas Joint Ventures. *Australian Resources and Energy Law Journal*, v. 22, n. 2, p. 153-160, 2003.

MILLER, Geoffrey. Bargaining on the Red-eye: New Light on Contract Theory. NYU Law & Economics *Research Paper Series Working Paper*, n. 8-21, 2008.

MILLS, Alex. Conceptualising Party Autonomy in Private International Law. *Révue Critique de Droit International Privé*, v. 2, n. 2, p. 417-426, 2019.

MILLS, Alex. *Party Autonomy in Private International Law*. Londres: Cambridge University Press, 2018.

MILLS, Alex. The Private History of International Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 1, p. 1-49. 2006.

MILLS, Alex. Rediscovering the Public Dimension of Private International Law. *Hague Yearbook of International Law*, v. 24, p. 11-23, 2011.

MITCHELL, Catherine. *Interpretation of Contracts*. Londres: Routledge, 2007.

MOLINEAUX, Charles. Moving Toward a Construction Lex Mercatoria A Lex Constructionis. *Journal of International Arbitration*, v. 14 n. 1, p. 55-66, 1997.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. A exceção de ordem pública internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 114, p. 231-249, 2019.

MONTEIRO, Antonio Pinto. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, p. 165-178, 2004.

MOREIRA, Rodrigo Cavalcante. *A resolução dos contratos de longa duração pela quebra da confiança*. São Paulo: Almedina, 2021.

MORISHITA, Tetsuo. Successes and Failure of Harmonization of Commercial Laws. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 60, p. 113-135, 2017.

MOSS, Sally. Why the United Kingdom has not Ratified the CISG. *Journal of Law and Commerce*, v. 25, n. 1, p. 483-485, 2006.

MUIR WATT, Horatia. Aspects Économiques du Droit International Privé (Refléxions sur l'Impact de la Globalisation Économique sur les Fondements des Conflits de Loi et de Jurisdictions). *Recueil des Cours*, Leiden, n. 307, 2005.

MUIR WATT, Horatia. Discours sur Les Methodes du Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 389, 2017.

MUIR WATT, Horatia. Further Terrains for Subversive Comparison: The Field of Global Governance and the Public/Private Divide. In: MONATERI, Pier Giuseppe (ed.). *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Elgar, 2012. p. 270-290.

MUIR WATT, Horatia. Globalization and Private International Law. In: BASEDOW, Jürgen et al. *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. v. 1. p. 845-846.

MUIR-WATT, Horatia. La Fonction Économique du Droit International Privé. *Revue Internationale de Droit Économique*. V. 23, n. 1, p. 103-121, 2010.

MURIS, Timothy. Opportunistic Behavior and the Law of Contracts. *Minnesota Law Review*, v. 65, p. 521-590, 1981.

MURPHY, Liam. Contract and Promise. *Harvard Law Review Forum*, v. 120, p. 10-18, 2009.

MUSTILL, Michael. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 14, n. 54, p. 203-237, 2017.

NADELMANN, Kurt Hans. Some Historical Notes on the Doctrinal Sources of American Conflicts Law. In: *Law Faculty of the University of Friborg*. Ius et Lex: Celebration of Max Gutzwiller's 70th birthday. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1959.

NANNI, Giovanni. Frustração do fim do contrato: análise de seu perfil conceitual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 23, n. 1, p. 39-56, 2020.

NASSER, Salem Hikmat. Global Law in Pieces: Fragmentation, Regimes and Pluralism. FGV Direito SP Research Paper Series – Legal Studies Paper n. 105, p. 1-44, 2014.

NAVARETTI, Giorgio; VENABLES, Anthony. *Multinational Firms in the World Economy*. Nova York: Princeton University Press, 2004.

NDULO, Muna. The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1864: A Comparative Analysis. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 38, n. 2, p.1-25, 1989.

NEELS, Jan. The African Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts – a First Drafting Experiment. *Uniform Law Review*, v. 25, n. 2-3, p.426-436, 2020.

NIBOYET, Jean-Paulin. La Théorie de l'Autonomie de la Volonté. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 16, 1928.

NICHOLAS, Barry. Impracticability and Impossibility in the U.S. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In: GALSTON, Nina; SMIT, Hans (ed.). *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova York: Matthew Bender, 1984. p. 5-13.

NITSCHKE, Guilherme. Ativismo Arbitral e Lex Mercatoria. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 1, n. 2, p. 863-910, 2015.

NITSCHKE, Guilherme. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NOLDE, Barão Boris. La Codification du Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 55, 1936.

NORTH, Douglas. *Transaction Costs, Institutions, and Economic Performance*. São Francisco: International Center for Economic Growth, 1992.

NORTHROP, F. S. C. The Comparative Philosophy of Comparative Law. *Cornell Law Quarterly*, v. 45, n. 4, p. 617-658, 1960.

NUNN, Nathan. Relationship-Specificity, Incomplete Contracts, and the Pattern of Trade. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 122, n. 2, p. 569-600, 2007.

NYGH, Peter. *Autonomy in International Contracts*. Nova York: Oxford University Press, 1999.

NYGH, Peter. The Reasonable Expectations of Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and Tort. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 251, 1995.

OECD. FDI in Figures. Global FDI flows surge 88% in 2021, rising above pre-pandemic levels, abr. 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/investment/investment-policy/FDI-in-Figures-April-2022.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

OECD. *FDI flows*. Disponível em: <https://data.oecd.org/fdi/fdi-flows.htm>. Acesso em: 16 abr. 2023.

OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1933.

OLIVE, Louis. *Étude sur la Théorie de l'Autonomie en Droit International Privé*. Paris: Sirey, 1899.

ONU. Issues Note for Theme 4: Enhancing international trade of LDCs and regional integration. 5th United Nations Conference on the Least Developed Countries. Disponível em: <https://www.un.org/ldc5/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

O'REGAN, P. W.; e Taylor, T. W. Joint Ventures and Operating Agreements. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 14, n. 1, p. 85-102, 1984.

OPPENHEIM, Lassa. *International Law: A Treatise*. Londres: Longmans, 1912. v. 1.

OPPONG, Richard Frimpong. Private International Law and the African Economic Community: A Plea for Greater Attention. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 4, p. 911-928, 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre a Lei aplicável aos contratos internacionais. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html>. Acesso em: 16 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção sobre Direito Internacional Privado. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-31_codigo_bustamente_firmas.asp. Acesso em: 16 abr. 2023.

OSER, David. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?* Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

OSIANDER, Andreas. Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth. *International Organization*, v. 55, n. 2, p.251-287, 2001.

LOUDIN, Federica; LOUDIN, Martin. La Technique Contractuelle au Service de la Prévention des Différends. In: ANCEL, Marie-Elodie et al. (org.). *Le Droit à l'Épreuve des Siècles et des Frontières: Mélanges en l'Honneur du Professeur Bertrand Ancel*. Paris/Madrid: LGDJ, 2018.

PALMER, Vernon. Excused Performances: Force Majeure, Impracticability, and Frustration of Contracts. *American Journal of Comparative Law*, v. 70, n. 1, p. 77-80, 2022.

PAMBOUKIS, Chalarambos. The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods. *Journal of Law and Commerce*, v. 25, n. 1, p. 107-131, 2006.

PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. Modification and Termination of the Contract (Art. 29 CISG). *Journal of Law and Commerce*, v. 25, n. 1, p. 2006.

PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. The Formation of Contracts & the Principles of European Contract Law. *Pace International Law Review*, v. 13, n. 2, p. 371-397, 2001.

PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. The Nachfrist Remedy. In: CELEBRATING SUCCESS: 25 YEARS UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS. Collation of Papers at UNCITRAL -- SIAC Conference, n. 22-23, 2005, Singapore, Singapore International Arbitration Centre, p. 89-102. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales6.html>. Acesso em: 16 abr. 2023.

PARETO, Vilfredo. *Cours d'Économie Politique*. Tomo I. Lausanne: F. Rouge, 1896.

PARETO, Vilfredo. *Manuale di Economia Política con una introduzione alla scienza sociale*. Milão: Società Editrice Libreria, 1919.

PARISI, Francesco; O'HARA, Erin. Conflict of law. *The New Palgrave Dictionary of Law and Economics*. Londres: Springer, 1998. v. 1.

PARGENDLER, Mariana. Comparative Contract Law and Development: The Missing Link? *The George Washington Law Review*, v. 85, n. 6, 2017.

PEDROZA, Antonio Lopes Guimarães. *Introdução ao Estudo do Direito internacional Privado*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1878.

PELLEGRINO, Carlos Roberto Mota. Teoria das fontes de direito das organizações internacionais. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 1. p. 75-88.

PELLET, Alain. Les raisons du developpement du soft law en droit international: choix ou nécessité? In: DEUMIER, Pascale; SOREL, Jean-Marc. *Regards Croisés sur la Soft Law en Droit Interne, Européen et International*. Paris: LGDJ, 2018. p. 177-192.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão e sua influência nos sistemas jurídicos ocidentais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 32, p. 1-14, 1989.

PEREIRA DA SILVA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3.

PERELMAN, Chaim. Les Antinomies en Droit. *Dialectica*, v. 18, n1/4, p. 392-404, 1964.

PEREIRA, Laura França. A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach), os Esforços de Unificação ou Harmonização do Direito Contratual e o Direito Brasileiro. In: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo (coord.). *Direito contratual e convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *La formación del Contrato de Compraventa Internacional de mercaderías*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1996.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts. *Villanova Law Review*, v. 58, n. 4, p. 733-760, 2013.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. Interpretation and Gap-Filling under the CISG: Contrast and Convergence with the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 1, p. 4-28, 2017.

PERALES VISCASILLAS, María del Pillar. Long-Term Contracts: New Regulation for International Commercial Arbitrations. *Kluwer Arbitration Blog*, 2017. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/26/long-term-contracts-new-regulation-international-commercial-arbitrations/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *A República*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

PEREIRA, Rui Soares. Force Majeure, Imprévision and Change in Circumstances under Portuguese Law. *Revista da Faculdade de direito da Universidade de Lisboa*, v. 58, n. 2, p. 213-231, 2017.

PERILLO, Joseph. Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *Tulane Journal of International and Comparative Law*, New Orleans, v. 5, p. 5-28, 1997.

PERILLO, Joseph. Unidroit Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review. *Fordham Law Review*, v. 63, n. 2, p. 281-344, 1994.

PETERSEN, Niels. Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation. *American University International Law Review*, v. 23, n. 2, p. 275-310, 2007.

PETSCHKE, Markus. Hardship under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). *Vindobona Journal of International Commercial Law*, v. 19, n. 2, p. 147-170, 2015.

PHILPOTT, Daniel. *Revolutions in Sovereignty: How Ideas Shaped Modern International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

PICKER, Randal. An Introduction to Game Theory and the Law. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n. 22, 1994. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1049&context=law_and_economics. Acesso em: 16 abr. 2023.

PIERLINGIERI, Pietro. Legal Principles and Values. *The Italian Law Journal*, v. 3, n. 1, p. 125-147, 2017.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863.

PINHEIRO, Luís de Lima. A corrupção nos contratos comerciais internacionais – uma perspectiva de direito material e de direito internacional privado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n. 11, p. 179-206, 2014.

PLANIOL, Marcel. *Traité Elementaire de Droit Civil*. 3ème ed. Paris: Cottillon, 1904.

PILLET, Antoine. Étude sur les Sources du Droit International Privé. In: BÉGUIN, Jacques *et al.* *Un Siècle d'Étude du Droit International: Choix d'Articles parus au Clunet (1874-2000)*. Paris: Litec, 2006, p. 125-160.

PILLET, Antoine. *Principes de Droit International Privé*. Paris: Pedone, 1903.

PILLET, Antoine. *L'Ordre Public en Droit International Privé*. Paris: L. Larose et Forcel, 1890.

PILOUNIS, Peter. The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (“Nachfrist”) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law? *Pace International Law Review*, v. 12, n. 1, p. 1-46, 2000.

PIRONON, Valerie. Le(s) Critère(s) de l'Internationalité à l'Épreuve des Pratiques du Commerce International. In: SIRE, Sylvie (ed.) *Droit sans frontières: mélanges en l'honneur d'Éric Loquin*. Paris: Lexisnexis, 2018. p. 553-568.

POLACHEK, Solomon W. Conflict and Trade. *Journal of Conflict Resolution*, v. 24, n. 1, p. 55-78, 1980.

POLACHEK, Solomon W. *et al.* Liberalism and Interdependence: Extending the Trade-Conflict Model. *Journal of Peace Research*, v. 36, n. 4, p. 405-422, 1999.

POLINSKY, A. Mitchel. *Introduction to Law and Economics*. 4th ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2011.

POLINSKY, A. Mitchell. Risk Sharing through Breach of Contract Remedies. *The Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 2, p. 427-444, 1983.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 11.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 38.

PORTUESE, Aurelien; GOUGH, Orla; TANEGA, Joseph. The Principle of Legal Certainty as a Principle of Economic Efficiency. *European Journal of Law and Economics*, v. 44, n. 1, p. 131-156, 2017.

POSNER, Eric. Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure? *Yale Law Journal*, v. 112, n. 1, p. 829-880, 2003.

POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2022.

POSNER, Richard. The Law and Economics of Contract Interpretation. *Texas Law Review*, v. 83, n. 6, p. 1581-1684, 2005.

POSNER, Eric A. Parol Evidence Rule, the Plain Meaning Rule, and the Principles of Contractual Interpretation. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, 1998.

POSNER, Eri; EGGLESTON, Karen; ZECKHAUSER, Richard. The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters. *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 1, p. 91-132, 2000.

POSNER, Richard; ROSENFELD, Andrew. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis. *The Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 1, p. 83-118, 1977.

POTHIER, Robert Joseph. *Traité des Obligations Selon les Règles tant du For de la Conscience, que du For Extérieur*. Tomo. I, Orléans: Rouzeau-Montaut, 1794.

PRADO, Maurício Almeida. *Le Hardship dans le Droit du Commerce International*. Paris: Bruylant, 2003.

PRADO, Maurício Almeida. Regards Croisés sur les Projets de Règles Relatifs à la Théorie de l'Imprévision en Europe. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 4, p. 863-894, 2010.

PRICE, Anthony William. Choice and Action in Aristotle. *Phronesis*, v. 61, n. 4, p. 435-462, 2016.

PRINZ, Wolfgang. Free Will as a Social Institution. In: POCKET, Susan (ed.) *Does Consciousness Cause Behavior?* Boston: MIT Press, 2006, p. 257-276.

PWC. Global M&A Industry Trends: 2022 Outlook. After a record-breaking year for M&A in 2021, optimism for another supercharged year in 2022 remains, despite growing market headwinds. Disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/services/deals/trends/2022.html>. Acesso em: 16 abr. 2023.

RABEL, Ernst. Observations Concernant l'Utilité de l'Unification au Point de Vue des Besoins du Commerce International. 1929. Disponível em: <https://www.unidroit.org/french/documents/1929/etude04/s-04-01-f.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

RABEL, Ernst. Le Problème de la Qualification. *Revue de Droit International Privé*, v. 28, p. 1-62, 1933.

RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006.

RAITIO, Juha. Legal Certainty as an Element of Objectivity in Law. In: HUSA, Jakko; VAN HOECKE, Mark (ed.). *Objectivity in Law and Legal Reasoning*. London: Hart, 2013, p. 85-108.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 3, n. 5, p. 73-97, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106, p. 500-520, 2011.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REALE, Miguel. Para uma Hermenêutica Jurídica Estrutural. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 72, n. 1, p. 81-91, 1977.
- REIMANN, Mathias. Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age. *Tulane Law Review*, v. 75, n. 4, p. 1103-1119, 2001.
- REIMER, Philip. L'État, c'est le Droit! – sobre a atualidade da Teoria do Estado de Hans Kelsen em face da metamorfose do poder estatal. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação da UFRGS*, v. 11, n. 1, p. 50-59, 2016.
- REPORT on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano Professor, University of Milan (who contributed the introduction and the comments on Articles 1, 3 to 8, 10, 12, and 13) and Paul Lagarde Professor, University of Paris I (who contributed the comments on Articles 2, 9, 11, and 14 to 33). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31980Y1031%2801%29>. Acesso em: 16 abr. 2023.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RHEINSTEIN, Max. In Memory of Ernst Rabel. *The American Journal of Comparative Law*, v. 5, n. 2, p. 291-292, 1956.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; PONTES, Jean Rodrigo. Direito Comparado e Direito Internacional Privado: afinidade, fraternidade e futuro. In: FARIAS, Inez; MOSCHEN, Valesca. *Desafios do direito internacional privado na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 297-318.
- RICHMAN, William; RILEY, David. The First Restatement of Conflict of Laws on the Twenty-Fifth Anniversary of Its Successor: Contemporary Practice in Traditional Courts. *Maryland Law Review*, v. 56, n. 4, p. 1196-1231, 1997.
- RIDDER, Philip; WELLER, Marc-Philippe. Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law. *European Review of Private Law*, v. 22, n. 3, p. 341-344, 2014.
- RIGAUX, François. Hans Kelsen on International Law. *European Journal of International Law*, v. 9, p. 325-343, 1998.
- RILEY, Christopher. Implicit Dimensions of Contract and Oppression of Shareholders. In: CAMPBELL, David *et al.* *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts*. Oxford: Hart, 2003.
- RIPERT, Georges. *La Règle Morale dans Les Obligations*. 4ème ed. Paris: LGDJ, 1949.
- RITZBERGER, Klaus. *Foundations of Non-cooperative Game Theory*. Nova York: Oxford University Press, 2002.
- ROBERTS, Anthea. Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation. *The American Journal of International Law*, v. 95, n. 4, p. 757-791, 2001.

ROBERTS, Peter. *Joint Operating Agreements: a practical guide*. 3th ed. Nova York: Globe Law and Business, 2015.

ROBBINS, Lionel. *An Essay on The Nature and Significance of Economic Science*. 2nd ed. Londres: Macmillan, 1945.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past? *In: UNIDROIT (ed.). Eppur si muove: The Age of Uniform Law Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. Roma: UNIDROIT, 2016. v. 2. p. 1146-1178.

RODRÍGUEZ, José Antonio Moreno. Beyond the Mexico Convention and the Hague Principles: What's Next for the Americas. *Uniform Law Review*, v. 22, n. 2, p. 435-442, 2017.

RODRIK, Dani. Globalization and Growth – Looking in the Wrong Places. *Journal of Policy Modeling*, v. 26, n. 4, p. 513-517, 2004.

RODRIK, Dani. How Far Will International Economic Integration Go? *The Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 177-186, 2000.

ROGERSON, Pippa. *Collier's Conflict of Laws*. 4th ed. Londres: Cambridge University Press, 2016.

ROMAIN, Jean-François. *Théorie Critique du Principe Général de Bonne Foi en Droit Privé*. Bruxelles: Bruylant, 2000.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENBERG, Arnold *et al.* International Commercial Transactions, Franchising, and Distribution. *The International Lawyer*, v. 46, n. 1, p. 199-213, 2011.

RÖSLER, Hannes. Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law. *European Review of Private Law*, v. 15, n. 4, p. 483-513, 2007.

ROTH, Marianne; HAPP, Richard. Interpretation of the CISG According to Principles of International Law. *International Trade and Business Law Annual*, v. 4, p. 1-11, 1999.

ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos. *In: RODAS, João Grandino (coord.). Contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 51-90.

ROWAN, Solène. The New French Law of Contract. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 66, n. 4, p. 805-831, 2017.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine. *Journal of International Arbitration*, v. 10, n 3, p. 59-66, 1993.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. Le 'Tronc Commun' des Lois Nationales en Présence (Réflexions sur le Droit Applicable par l'Arbitre International). *Revue de l'Arbitrage*, v. 1987, n. 2, p. 133-138, 1987.

RÜHL, Giesela. Methods and Approaches in Choice of Law: An Economic Perspective. *Berkeley Journal of International Law*, v. 24, p. 1-53, 2006.

RÜHL, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. *Comparative Research in Law & Political Economy*. Research Paper, 4/2007, v. 3, n. 1, p. 1-41.

RÜHL, Giesela. The Role of Economic Efficiency in European Private International Law. In: LEIBL, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015. p. 1-16.

RUSSETT, Bruno; STARR, Harvey. *World Politics: The Menu for Choice*. São Francisco: W. H. Freeman and Company, 1981.

RUSCH, Linda J. Property Concepts in the Revised U.C.C. Articles 2 and 9 are alive and well. *SMU Law Review*, v. 54, n. 2, p. 947, 970, 2001.

RYNGAERT, Cedric. *Jurisdiction in International Law*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015.

SABOURIN, Frédérique. Le Contrat Sans Loi en Droit International Privé Canadien. *Revue Québécoise de Droit International*, v. 19, n. 2, p. 35-63, 2006.

SAIDOV, Djakhongir. Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Pace International Law Review*, v. 14, n. 2, 2002.

SALCEDO, Juan Antonio Carillo. *Le Renouveau du Particularisme en Droit International Privé*. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 160, 1978.

SAMTLEBEN, Jürgen. Teixeira de Freitas e a Autonomia das Partes no Direito Internacional Privado Latino-Americano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 79, p. 262-272, 1984.

SAMUEL, Geoffrey. Comparative Law as Resistance. In: MUIR WATT, Horatia; ARROYO, Diego P Fernández. *Private International Law and Global Governance*. Nova York: Oxford University Press, 2014, p. 24-34.

SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANDERS, Pieter. The Role of Arbitration in Developing International Trade. ICC Document n. 420/162, 2. IV, 1968.

SANTOS, António Marques dos. Algumas Considerações sobre a Autonomia da Vontade No Direito Internacional privado em Portugal e no Brasil. In: RAMOS, Rui Manuel Moura (org.).

Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço. Coimbra: Almedina, 2002. v.1. p. 81-151.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Bei Deit und Comp., 1849.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Private International Law and the Retrospective Operation of Statutes. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time*. 2nd ed. Edinburgh: T&T Clark, 1880.

SCANDIZZO, Pasquale. Equilibrium theory. In: MARCIANO, Alain; RAMELLO, Giovanni (ed). *Encyclopedia of Law and Economics*. Nova York: Springer, 2014, p. 1-10.

SCARRE, Geoffrey. *Utilitarianism*. Nova York: Routledge, 1996.

SCHERMERS, Henry. The Role of the European Court of Justice in the Harmonisation and Unification of European Law. In: SCHMITTHOFF, Clive; SIMMONDS, Kenneth. *International Economic and Trade Law: Universal and Regional Integration*. Leiden: A.W. Sijthoff, 1976.

SCHILF, Sven. *Os princípios do UNIDROIT e o conceito de direito e a arbitragem internacional*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SCHLECHTRIEM, Peter. Recent Developments in International Sales Law. *Israel Law Review*, v. 18, n. 3-4, p. 404-415, 1983.

SCHLECHTRIEM, Peter. Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 36, n. 4, p. 781-794, 2005.

SCHLECHTRIEM, Peter. Termination of Contracts under the Principles of International Commercial Contracts. In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997, p. 247-269.

SCHLECHTRIEM, Peter. The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In: GALSTON, Nina; SMIT, Hans (ed.). *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova York: Matthew Bender, 1984. p. 6-22.

SCHLECHTRIEM, Peter. Termination of Contracts under the Principles of International Commercial Contracts. In: BONELL, Michael; BONELLI, Franco. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT*. Milão: Giuffrè, 1997.

SCHLECHTRIEM, Peter. *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Viena: Manz, 1986.

SCHLECHTRIEM, Peter. Uniform Sales Law - The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany. *Juridisk Tidskrift*, v. 3, p. 15, 1991.

SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales*. Berlin: Springer, 2009.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. 4th ed. Nova York: Oxford University Press, 2015.

SCHLECHTRIEM, Peter; WITZ, Claude. *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*. Paris: Dalloz, 2008.

SCHMIDTCHEN, Dieter *et al.* Conflict of Law Rules and International Trade a Transaction Costs Approach. Center for the Study of Law and Economics Discussion Paper 2004-0 (2004). Disponível em: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/23042/1/2004-01_conflict.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

SCHMIDTCHEN, Dieter; SCHMIDT-TRENZ, Hans Jörg. Territoriality of Law and the International Trade Game: Towards a New Institutional Economics of International Transactions. CSLE Discussion Paper, n. 2006-06 (2006). Disponível em: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/23084/1/2006-06_NIEIT.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

SCHMIDTCHEN, Dieter; SCHMIDT-TRENZ, Hans Jörg. The Division of Labor is Limited by the Extent of the Law. *Constitutional Political Economy*, v. 1, n. 30, p. 71-77, 1990.

SCHMIDT-TRENZ, Hans Jörg. The State of Nature in the Shadow of Contract Formation: Adding a Missing Link to J.M. Buchanan's Social Contract Theory. *Public Choice*, v. 62, p. 113-121, 1989.

SCHMIDT-TRENZ, Hans-Jörg; SCHMIDTCHEN, Dieter. Private International Trade in the Shadow of the Territoriality of Law: Why Does It Work? *Southern Economic Journal*, v. 58, n. 2, p. 397-408, 1991.

SCHMITTHOF, Clive. The Legal Organisation of Commerce and its Relation to the Social Conditions. In: CHENG, Chia-Jui (ed.). *Selected Essays on International Trade Law*. Londres: Martinus Nijhoff, 1988.

SCHMITTHOFF, Clive. The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions. *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 17, n. 3, p. 551-570, 1968.

SCHMITTHOFF, Clive. International Business Law: A New Merchant. *Current Law and Social Problems*, v. 2, p. 129-153, 1961.

SCHMITTHOFF, Clive. Standard Contract and the Protection of the Weaker Party in International Trade Relations. In: NEW Directions in International Trade Law. Acts and Proceedings of the Second Congress on Private Law Held by the International Institute for the Unification of Private Law. UNIDROIT, Rome-N.Y., 1977.

SCHÖLLMANN, Wilhelm. *Economic Significance of Trade in Services*. 2015. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA\(2015\)549000](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_IDA(2015)549000). Acesso em: 16 abr. 2023.

SCHREIBER, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o instituto da lesão. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 120-122.

SCHROETER, Ulrich. The Validity of International Sales Contracts. In: SCHWENZER, Ingeborg e Spagnolo, LISA (ed.). *Boundaries and Intersections: The 5th Annual MAA Schlechtriem CISG Conference*. A Haia: Eleven, 2014.

SCHULZE, Max; WOLF, Nikolaus. On the Origins of Border Effects: Insights from the Habsburg Customs Union. *Centre for Economic Policy Research Discussion Paper*, n. 6.327, 2007.

SCHÜTZ, Rose-Noelle. Le Nouveau Droit Français des Contrats. In: BAAKLINI, Céline *et al.* (org.). *Recueil de Travaux Juridiques: Le Nouveau Droit Français des Contrat*. Jounieh: PUSEK, 2017.

SCHWARCZ, Steven. Soft Law as Governing Law. *Minnesota Law Review*, v. 104, p. 2471-2514, 2020.

SCHWARTZ, Alan. Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies. *The Journal of Legal Studies*, v. 21, n. 2, p. 271-318, 1992.

SCHWARTZ, Alan. The Case for Specific Performance. In: BARNETT, Randy. *Perspectives on Contract Law*. 3th ed. Nova York: Aspen, 2005.

SCHWARTZ, Alan; WATSON, Joel. Conceptualizing Contractual Interpretation. *The Journal of Legal Studies*, v. 42, n. 1, p. 1-34, 2013.

SCHWARTZ, Alan; WATSON, Joel. *Contract Interpretation and Contextual Asymmetry*. 2010. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Contract-Interpretation-and-Contextual-Asymmetry-Schwartz-Watson/220c138fc3d0fde606af3eebf9d38fd9591ed9b7>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. 4th ed. Nova York: Oxford University Press, 2015.

SCHWENZER, Ingeborg. Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 39, n. 4, p. 709-726, 2008.

SCHWENZER, Ingeborg. The CISG in a Globalised World. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 3, p. 365-373, 2009.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. Article 4. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. 4th ed. Nova York: Oxford University Press, 2015. p. 90-91.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. Preamble. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*. 4th ed. Nova York: Oxford University Press, 2015.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The CISG - Successes and Pitfalls. *The American Journal of Comparative Law*, v. 57, n. 2, p. 457-478, 2009.

SCHWENZER, Ingeborg; MUÑOZ, Edgardo. Duty to renegotiate and contract adaptation in case of hardship. *Uniform Law Review*, v. 24, n. 1, p. 149-174, 2019.

SCOTT, Robert; KRAUS, Jody. *Contract Law and Theory*. 5th ed. Nova York: Lexis Nexis, 2013.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George. Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design. *Case Western Law Review*, v. 56, n. 1, p. 187-201, 2005.

SEDLER, Robert. The Governmental Interest Approach to Choice of Law: An Analysis and a Reformulation. *UCLA Law Review*, v. 25, n. 2, p. 391-437, 1977.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Lei de introdução ao código civil*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959. v. 1.

SHERMAN, Gordon. Just Gentium and International Law. *The American Journal of International Law*, v. 12, n. 1, p. 56-63, 1918.

SHERMAN, Nancy. Character, Planning, and Choice in Aristotle. *The Review of Metaphysics*, v. 39, n. 1, p. 83-106, 1985.

SHIFFRIN, Seana. Divergence Between Promise and Contract. *Harvard Law Review*. V. 120, p. 708-753, 2007.

SICA, Lucia Carvalhal. Gap-filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles Supplement the Gaps in the Convention? *Nordic Journal of Commercial Law*, n. 1, p. 1-28, 2006.

SIEHR, Kurt. History of Private International Law. In: BASEDOW, Jürgen *et al.* (ed.). *Encyclopedia of Private International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. v. 2. p. 1386-1399.

SIEHR, Kurt. International Contracts, Party Autonomy and Mandatory Rules. *Révue Hellenique de Droit International*, v. 67, n. 2, p. 801-823, 2014.

SILVA, Carla Patrícia Marques da. Crime de Tráfico de Influência: Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual. In: BRONZE, Ângela Maria Batista da Mata Pinto *et al.* (org.). *Crime de Tráfico de Influência. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021. p. 9-46. Disponível em: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=qDK4ZNDn87s%3D&portalid=30>. Acesso em: 16 abr. 2023.

SILVA NETO, Antonio Carlos. O contrato de compra e venda de quotas e a Escrow Account. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 3, n. 4, p. 183-216, 2017.

SIMON, Herbert. Bounded Rationality. In: EATWELL, John *et al.* *Utility and Probability*. Londres: MacMillan, 1990.

- SIMON, Herbert. Theories of Bounded Rationality. CIP Working Paper n. 66, p. 1-22, 1964.
- SIMMONS, Beth. Trade and Conflict: International Borders as Institutions. *The Journal of Conflict Resolution*, v. 49, n. 6, p. 823-848, 2005.
- SIMÕES, Mauro Cardoso. Rule-Utilitarianism. *Ethic@*, v. 8, n. 3, p. 47-61, 2009.
- SIMPSON, A.W.B. The Doctrine of Consideration – Introduction. In: SIMPSON, A.W.B. *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*. Nova York: Oxford University Press, 1987. p. 316-326.
- SINK, Charles. Mega Project Construction Contracts: An Owner's Perspective. Proceedings of the Rocky Mountain Mineral Law Fifty-Fifth Annual Institute, July 23, 2009. Disponível em: <https://www.fbm.com/publications/mega-project-construction-contracts-an-owners-perspective/>. Acesso em: 16 abr. 2023.
- SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Londres: G. Bell & Sons, 1912.
- SMIT, Hans. Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation. *Columbia Law Review*, v. 58, n. 3, p. 287-315, 1958.
- SMITH, Henry E. Equity as Second-Order Law: The Problem of Opportunism. *Harvard Public Law Working Paper No. 15-13*, p. 1-73, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2617413. Acesso em: 16 abr. 2023.
- SMITS, Jan. Problems of Uniform Sales Law – Why The CISG May Not Promote International Trade. *Maastricht European Private Law Institute Working Paper N. 2013/1*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2197468>. Acesso em: 16 abr. 2023.
- SMYTHE, Donald J. Consideration for a Price: Using the Contract Price to Interpret Ambiguous Contract Terms. *Northern Illinois University Law Review*, v. 34, n. 1, p. 109-168, 2013.
- SNYDER, Franklin *et al.* Relational Contracting in a Digital Age. *Texas Wesleyan Law Review*, v. 11, n. 2, p. 675-706, 2005.
- SOARES, Guido. A ordem pública nos contratos internacionais. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). *Doutrinas essenciais de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 5.
- SONDHAL, Erika. Understanding the Remedy of Price Reduction? A Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, abr. 2003. Disponível em: https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/cisg_files/sondahl.html. Acesso em: 16 abr. 2023.
- SONTAG, Frederick. Augustine's Metaphysics and Free Will. *The Harvard Theological Review*, v. 60, n. 3, p. 297-306, 1967.

SPAGNOLO, Lisa. The Last Outpost: Automatic CISG Opt Outs, Misapplications and the Costs of Ignoring the Vienna Sales Convention for Australian Lawyers. Faculty of Law, Monash University. Research Paper n. 2009/01. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228169591_The_Last_Outpost_Automatic_CISG_Opt_Outs_Misapplications_and_the_Costs_of_Ignoring_the_Vienna_Sales_Convention_for_Australian_Lawyers. Acesso em: 16 abr. 2023.

SPAIC, Aneta. Interpreting Fundamental Breach. In: DI MATTEO, Larry (ed.). *International Sales Law: A Global Challenge*. Nova York: Cambridge University Press, 2014. p. 237-254.

STENT, Gunther S. *Paradoxes of Free Will (Transactions of the American Philosophical Society)*. v. 92, n. 6, 2002.

STIGLER, George J. The Development of Utility Theory. I. *The Journal of Political Economy*, v. 58, n. 4, p. 307-327, 1950.

STIGLER, George J. The Development of Utility Theory. II. *The Journal of Political Economy*, v. 58, n. 5, p. 373-396, 1950.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the Public Sector*. 3rd ed. Nova York: WW Norton, 2000.

STONE, Rebecca. Economic Analysis of Contract Law from the Internal Point of View. *Columbia Law Review*, v. 116, n. 8, p. 2005-2058, 2005.

STONE, Peter. *EU Private International Law*. 2n ed. Cheltenham: Elgar, 2010.

STORY, Joseph. *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions and Judgments*. Boston; Billiard, Gray and Co., 1834.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. 1992.

STUART, Henry. Subjective and Exchange Value. *Journal of Political Economy*, v. 4, n. 2, p. 208-239, 1896.

SYKES, Alan. International Trade and Human Rights: An Economic Perspective. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 188, p. 1-322003.

SYMEONIDES, Symeon. *Choice of Law*. Nova York: Oxford University Press, 2016.

SYMEONIDES, Symeon. Contracts Subject to Non-State Norms. *American Journal of Comparative Law*, v. 54, p. 209-231, 2006).

SYMEONIDES, Symeon. Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 384, 2017.

SYMEONIDES, Symeon. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Review*, v. 82, n. 5, p. 1-52, 2008.

SYMEONIDES, Symeon. The scope and limits of party autonomy in international contracts: a comparative analysis. In: FERRARI, Franco; ARROYO, Diego (ed.). *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*. Cheltenham: Elgar, 2019. p. 140-145.

SYMEONIDES, Symeon. The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments. *The American Journal of Comparative Law*, v. 61, n. 4, p. 873-899, 2013.

SZTAJN, Rachel; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos Contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus, 2005.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. São Paulo: Campus, 2005. p. 74-83.

TALLEY, Eric. Interdisciplinary Gap Filling: Game Theory and the Law. *Law & Social Inquiry*, v. 22, n. 4, p. 1055-1085, 1997.

TAQUELA, María Blanca Noodt. Reglamentación General de los Contratos Internacionales en los Estados Mercosureños. In: ARROYO, Diego P. Fernández. (coord.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 979-1026.

TAKESHITA, Keisuke. Critical Analysis of Party Autonomy: From a Theoretical Perspective. *Japanese Yearbook of International Law*, v. 58, p. 196-222, 2015.

TARTAGLIA, Paolo. Onerosità Eccessiva. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milão: Giuffrè, 1980. v. 30.

TEIXEIRA, Bruno Barreto de A. Remédios contra o Inadimplemento. In: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo (coord.). *Direito contratual e convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. 2.

TEIXEIRA, Bruno Barreto de A. Remédios contra o Inadimplemento. In: KULESZA, Gustavo Santos; MOREIRA, Rodrigo (coord.). *Direito contratual e convenção de Viena (CISG)*. São Paulo: Almedina, 2021.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A operatividade da cláusula resolutiva expressa. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyce (coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 625-646.

TERRÉ, François. L'Ordre Public entre Deux Siècles. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 58, n. 1, p. 189-198, 2015.

TERRÉ, François *et al.* *Droit Civil – Les Obligations*. 12e ed. Paris: Dalloz, 2019.

THAYER, James B. Parol Evidence Rule. *Harvard Law Review*, v. 6, n. 7, p. 464-485, 1892-1893.

THE WORLD BANK. Exports of goods and services (% of GDP). Disponível em: <https://data.worldbank.org>. Acesso em: 16 abr. 2023.

THE WORLD BANK. World Bank Open Data. Disponível em: <https://data.worldbank.org>. Acesso em: 16 abr. 2023.

THIERFELDER, Mark. The Significance of the Choice of Law Provision in M&A Contracts. *New York Law Journal*, V. 258, n. 83, p. 1-3, 2017.

THOMPSON, Robert B. *Mergers and Acquisitions: Law and Finance*. 3rd ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2018.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TITIRIGA, Remus. Revival of Rabel's Transnational Characterisation for Rules of Conflict? Some Answers in a European Convention. *International Business Law Journal*, n. 5, p. 439-460, 2017.

TIROLE, Jean. Incomplete Contracts: Where Do We Stand? *Econometrica*, v. 67, n. 4, p. 741-781, 1999.

TOBEÑAS, José Castan. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. 10. ed. Madrid: Reus, 1967. t. 2.

TORSELLO, Marco. Remedies for Breach of Contract under the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, v. 9, n. 2, p. 253-290, 2005.

TORSELLO, Marco; WINKLER, Matteo. Les Conséquences du Covid-19 sur les Contrats Internationaux: un Diagnostic Préliminaire. *La Revue Européenne du Droit*, v. 1, p. 66-70, 2020.

TREBILCOCK, Michael; LENG, Jing. The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 7, p. 1517-1580, 2006.

TRANTIS, George. Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability. *The University of Toronto Law Journal*, v. 42, n. 4, p. 450-483, 1992.

TRIPODI, Leandro. *O direito uniforme da venda do século 21: caducidade e renovação da CISG*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade

de São Paulo, São Paulo, 2014. DOI:10.11606/T.2.2018.tde-30082017-153922. Acesso em: 16 abr. 2023.

TUORI, Kaius. Legal Pluralism and the Roman Empires. *In: CAIRNS, John; DUPLESSIS, Paul. Beyond Dogmatics: Law and Society in the Roman World*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2007. p. 39-52.

TURRINI, Alessandro; VAN YPERSELE, Tanguy. Traders, Courts, and the Border Effect Puzzle. *Regional Science and Urban Economics*, v. 40, n. 2/3, p. 81-91, 2010.

TURRINI, Alessandro; YPERSELE, Tanguy van. Legal Costs as Barriers to Trade. *Center for Economic Policy Research Discussion Paper Series*, Discussion Paper n. 5751, 2006.

TWIBELL, T.S. Implementation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) under Shari'a Law: Will Article 78 of the CISG Be Enforced When the Forum Is an Islamic State? *International Legal Perspectives*, v. 9, p. 57-82, 1997.

ULEN, Thomas. Information in the Market Economy – Cognitive Errors and Legal Correctives. *In: GRUNDMANN, Stefan et al. Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*. Berlin: De Gruyter, 2001, p. 98-130.

UNCTAD Global Trade Update. Inflation and rising commodity prices drive global trade. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/ditcinf2022d2_en.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNCTAD takes the pulse of the SDGs. Disponível em: <https://sdgpulse.unctad.org/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNCTAD. The role of international trade in the post-2015 development agenda, 5-9 mai. 2014. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/cid33_en.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNCTAD. Trade and Development Report 2022. Disponível em: <https://unctad.org/publication/trade-and-development-report-2022>. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNCITRAL. *Yearbook*. (1968-1970). Nova York: Nações Unidas, 1971. v. 1.

UNCTAD. World Investment Report, 2022, p. 24. Disponível em: <https://unctad.org/webflyer/world-investment-report-2022>. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNIDROIT. STATUTE incorporating the amendment to Article 6(1) which entered into force on 26 mar. 1993. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNIDROIT. Unidroit Principles on international contracts. Commentaries to articles 1.9 and 4(3), p. 24 e 142. Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-i.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL FINANCIAL LEASING, 1988. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL FACTORING, 1988. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/factoring/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNIDROIT CONVENTION ON INTERNATIONAL INTERESTS IN MOBILE EQUIPMENT, 2001. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNIDROIT. Progressive Codification of the Law of International Trade: Note by the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). In: UNCITRAL. *Yearbook*. (1968-1970). Nova York: Nações Unidas, 1971. v. 1. p. 286-287.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Status: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG). Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (Hamburg, 1978) (the Hamburg Rules). Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules. Acesso em: 16 abr. 2023.

UNITED NATIONS CONVENTION ON INDEPENDENT GUARANTEES AND STANDBY LETTERS OF CREDIT. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guarantees.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

URIBE, R. A. Momberg. *The Effect of a Change of Circumstances on the Binding Force of Contracts*. Cambridge: Intersentia, 2011. v. 94.

VACANO, Diego von. The Form of Freedom in Plato's 'Laws': An Interpretation. *Theoria*, v. 59, n. 132, p. 45-59, 2012.

VALENTIN, Vincent. Les Nouvelles Configurations de l'Ordre Public: La Neutralité, entre Cosmopolitisme et Republicanisme. *Philosophiques*, v. 46, n. 1, p. 119-136, 2019.

VALSAN, Remus. The Law and Economics of Contract Interpretation. In: BAAIJ, Jaap *et al.* (ed.). *Interpretation of Commercial Contracts in European Private Law*. Cambridge: Intersentia, 2021, p. 31-54.

VAN HOUTTE, Hans. ICC Model Contracts. *International Business Law Journal*, v. 2003, n. 3, p. 253-268, 2003.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal. Autonomie Substantielle et Autonomie Conflictuelle en Droit International Privé des Contrats. In: HEUZÉ, Vincent *et al.* (org.). *Mélanges en l'Honneur du Professeur Pierre Mayer*. Paris: LGDJ, 2015. p. 869-885.

VAREILLES-SOMMIÈRES, Pascal de. L'Exception d'Ordre Public et la Régularité Substantielle Internationale de la Loi Étrangère. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 371, 2015.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internationalization of Law: Globalization, International Law and Complexity*. Brasilia: Springer, 2013.

VEEDER, Van Vechten. Is There a Need to Revise the New York Convention? *Journal of International Dispute Settlement*, v. 1, n. 2, p. 325-337, 2010.

VELLOSO, Adolfo Alvarado *et al.* *The Complex Long-Term Contract*. 6th ed. Heidelberg: C.F. Muller Juristischer Verlag, 1986.

VENEZIANO, ANNA. UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court. *Uniform Law Review*, v. 1, p. 137-151, 2010.

VERDROSS, Alfred. Le Fondement du Droit International. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 16, p. 247-323, 1927.

VERDROSS, Alfred. The Status of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses. *In: International and Comparative Law Center. Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments*. Albany: M. Bender, 1964, p. 120-140.

VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018. v. 1.

VICKERS, Alice. The Choice of Law Clause in Contracts between Parties of Developing and Developed Nations. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 11, n 3, p. 617-634, 1981.

VIDAL, Marina. *A Arbitragem Internacional como Instrumento no Combate à Corrupção*. São Paulo: Almedina, 2021.

VIEIRA, Lacyr de Aguiar. L'Excessive Onérosité et l'Imprévisible. *In: VIEIRA, Lacyr de Aguiar et al. Mélanges en l'Honneur du Professeur Claude Witz*. Paris: Lexis Nexis, 2018.

VILLELLA, Anna Maria. A Unificação do Direito Privado na América Latina: Direito Uniforme e Direito Internacional Privado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 21, n 83, p. 5-26, 1984.

VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 232, 1992.

VISCHER, Frank. The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts. *Recueil des Cours*, Leiden, n. 142, 1974.

VISSCHER, Charles de. Méthode et Système em Droit International. *Recueil des Cours*, Leiden, v. 138, 1973.

VON SEGESSER, Georg. Arbitrating Pre-Closing Disputes in Merger and Acquisition Transactions. *In: KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; JOHNSON, Alexandra (ed.). Arbitration of Merger and Acquisition Disputes*. Basel: ASA, 2005, p. 17-54.

VOGENAUER, Stefan. Article 1.9. *In: COMMENTARY on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2nd ed. Nova York: Oxford University Press, 2015. p. 192-201.

VOGENAUER, Stefan. Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations. *In: BURROWS, Andrew; PEEL, Edwin (ed.). Contract Terms*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 123-150.

VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit Civil*. 27e ed. Paris: LGDJ, 1999. v. 1.

WALLACH, George. Declining Sanctity of Written Contracts-Impact of the Uniform Commercial Code on the Parol Evidence Rule. *Missouri Law Review*, v. 44, n. 4, p. 651-679, 1979.

WEINTRAUB, Russel. Disclaimer of Warranties and Limitation of Damages for Breach of Warranty under the UCC. *Texas Law Review*, v. 53, n. 1, p. 60-83, 1974-1975.

WAISBERG, Ivo. Concept and Interpretation of Commercial Agreements under Brazilian Law, 2 abr. 2018, p. 13. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3078075. Acesso em: 16 abr. 2023.

WAITE, John; DAWBORN, David. Contractual Forfeiture of Joint Venture Interests: Are Such Clauses Enforceable? *Oil And Gas Law & Taxation Review*, v. 8, p.389-392, 1990. *In: PEREIRA, Eduardo. Protection against Default in Long Term Petroleum Joint Ventures*. Oxford: Oxford Institute for Energy Studies, 2012.

WALKER, Gregory C. Trade Usages and the CISG: Defending the Appropriateness of Incorporating Custom into International Commercial Contracts. *Journal of Law and Commerce*, v. 24, n. 2, p. 263-280, 2005.

WALT, Steven. Expectations, Loss Distribution and Commercial Impracticability. *Indiana Law Review*, v. 24, n. 1, p. 65-109, 1990.

WALT, Steven. Novelty and Risks of Uniform Sales Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 39, n. 3, p. 671-705, 1999.

WALT, Steven. Penalty clauses and liquidated damage. *In: DE GEEST, Gerrit (ed.). Contract Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2011, p. 178-206.

WALTER, Paula. Commercial Impracticability in Contracts. *St. John's Law Review*, v. 61, n. 2, p. 225-260, 1987.

WARREN, Louis B.; Monahan, François; DUHOT, François. Role of the Lawyer in International Business Transactions. *American Bar Association Journal*, v. 58, n. 2, p. 181-184, 1972.

WATSON, Alan. The Evolution of Law: The Roman System of Contracts. *Law and History Review*, v. 2, n. 1, p. 1-20, 1984.

- WEBER, Max. *Economy and Society*. Berkeley: University of California Press, 1978.
- WEINTRAUB, Russel. Disclaimer of Warranties and Limitation of Damages for Breach of Warranty under the UCC. *Texas Law Review*, v. 53, n. 1, p. 60-83, 1974-1975.
- WEEMS, Philip; BOLTON, Michael. Highlights of Key Revisions – 2002 AIPN Model Form International Operating Agreement. *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, n. 5, 2003.
- WETHMAR-LEMMER, Marlene. Party Autonomy and International Sales Contracts. *Journal of South African Law*, v. 2011, n. 3, p. 431-451, 2011.
- WHITTUCK, E.A. *Institutes of Roman Law By Gaius*. Londres: Oxford, 1904.
- WICKER, Guillaume; RACINE, Jean-Baptiste. Introduction to the Guiding Principles and Revised Principles of European Contract Law. In: FAUVERQUE-COSSON, Bénédicte; MAZARD, Denis (ed.). *European Contract Law – Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*. Munich: Sellier, 2008.
- WIGMORE, John H. A Brief History of the Parol Evidence Rule. *Columbia Law Review*, v. 4, n. 5, p. 341-352, 1904.
- WILL, Michael. Comments on Article 50. In: BIANCA, Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary on the International Sales Law*. Giuffrè: Milan, 1987.
- WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. Nova York: Free Press, 1985.
- WINSHIP, Peter. Exemptions under article 79 of the Vienna Sales Convention. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, v. 68, n. 3, p. 497-510, 2004.
- WITZ, Claude. CVIM: Interpretation et Questions Non Couvertes. In: DROIT et pratique de la vente internationale, colloque de Liège, RDAI 2001. p. 253 – 275.
- XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; VOLPON, Fernanda Torres. Contratos Internacionais Complexos em uma Perspectiva Comparada e a Responsabilidade Civil Pré-Contratual. In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito internacional em expansão: direito internacional e direito comparado*. Belo Horizonte: Arraes, 2019. v. 16. p. 51-72.
- YARBROUGH, Beth; YARBROUGH, Robert. International Contracting and Territorial Control: The Boundary Question. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 150, n. 1, p. 239-278, 1994.
- YILDIRIM, Ahmet Cemil. *Equilibrium in International Commercial Contracts with Particular Regard to Gross Disparity and Hardship Provisions of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Londres: Wolf, 2011.
- YNTEMA, Hessel. The Historic Bases of Private International Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 2, n. 3, p. 297-317, 1953.

ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Panorama histórico do direito privado alemão e sua importância para o desenvolvimento do direito privado brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 15, n. 2, p. 1-30, 2021.

ZARRA, Giovanni. Autonomia negoziale e norme inderogabili secondo il regolamento ‘Roma I’. *Rassegna di Diritto Civile*, v. 39, n. 1, p. 229-255, 2018.

ZELLER, Bruno. Determining the Contractual Intent of Parties under the CISG and Common Law - A Comparative Analysis. *European Journal of Law Reform*, v. 4, n. 4, p. 629-643, 2002.

ZELLER, Bruno. Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG? *Pace International Law Review*, v. 23, n. 1, p. 1-14, 2011.

ZELLER, Bruno. Four-Corners – The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/four-corners-methodology-interpretation-and-application-un-convention#chp3>. Acesso em: 16 abr. 2023.

ZELLER, Bruno. The Parol Evidence Rule and the CISG — a Comparative Analysis. *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, v. 36, n. 3, p. 308-324, 2003.

ZHOU, Qi. Contractual Mistake and Misrepresentation. In: DE GEEST, Gerrit (ed.). *Contract Law and Economics*. Cheltenham: Elgar, 2011. p. 120-146.

ZIMMERMANN, Reinhard. Civil Code and Civil Law: ‘The Europeanization’ of Private Law within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science. *Columbia Journal of European Law*, New York, v. 1, n. 1 p. 63-106, 1995.

ZUPPI, Alberto Luis. The Parol Evidence Rule: A Comparative Study of the Common Law, the Civil Law Tradition, and Lex Mercatoria. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, v. 35, n. 2, p. 233-276, 2007.

ZUKAS, Tadas. Reception of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law in Lithuania. In: RITAINE, Eleanor; LEIN, Eva. *The UNIDROIT Principles 2004: Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*. Zurique: Schulthess, 2007. p. 231-243.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. 3. ed. Nova York: Clarendon Press, 1998.