



Contrato, Globalização e Lex Mercatoria

FREDERICO E. Z. GLITZ

Professor de Direito das Obrigações, Direito dos
Contratos e de Direito Internacional Privado



CONTRATO, GLOBALIZAÇÃO E LEX MERCATORIA

CONVENÇÃO DE VIENA 1980 (CISG),
PRINCÍPIOS CONTRATUAIS UNIDROIT
(2010) E INCOTERMS (2010).

FREDERICO F. Z. GUTZ

FREDERICO E. Z. GLITZ

CONTRATO, GLOBALIZAÇÃO E LEX MERCATORIA

CONVENÇÃO DE VIENA 1980 (CISG),
PRINCÍPIOS CONTRATUAIS UNIDROIT
(2010) E INCOTERMS (2010).

2014 | São Paulo - SP





Nossos Contatos

São Paulo

Rua José Bonifácio, n. 209,
cj. 603, Centro, São Paulo – SP
CEP: 01.003-001

Acesse: www.editoraclassica.com.br

Redes Sociais

Facebook:

<http://www.facebook.com/EditoraClassica>

Twitter:

<https://twitter.com/EditoraClassica>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

G477c

Glitz, Frederico Eduardo Zenedin, 1970-

Contrato, globalização e LEX mercatória [recurso eletrônico] :
Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais Unidroit
(2010) e Incoterms (2010) / Frederico Eduardo Zenedin Glitz. - Rio
de Janeiro : Clássica, 2012.
recurso digital

Formato:

Requisitos do sistema:

Modo de acesso:

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-99651-51-3 (recurso eletrônico)

1. Contratos - Brasil. 2. Contratos (Direito internacional privado).
3. Cláusulas (Direito). 4. Livros eletrônicos. I. Título.

12-7605.

CDU: 347.4

18.10.12 25.10.12

039987

EDITORIA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioly
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
Jonathan Barros Vita
José Edmilson Lima
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Leonardo Rabelo
Livia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão
Luiz Eduardo Gunther

Luisa Moura
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszk
Roberto Genofre
Salim Reis
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Séllos
Vladmir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy

Produção Editorial: Editora Clássica

Revisão: Lara Bósio

Capa: Marcelo Miguel Conrado e Adecomm Brasil (www.adecommbrasil.com.br)

RESUMO

O presente texto parte da proposição de que é possível que os costumes sejam fontes de obrigações contratuais. Para tanto, se buscou demonstrar esta premissa a partir de pesquisa jurisprudencial (arbitral e judicial) e do método comparado. Concluiu-se que, dada à internacionalização do Direito contratual, as fontes consuetudinárias internacionais devem ser objeto de tratamento doméstico, pois criam obrigações contratuais e não se limitam à interpretação do negócio jurídico. Não se pode, no entanto, negligenciar a necessidade de controle de seu conteúdo. Em termos detalhados, então, se pode afirmar que o papel reservado ao costume como fonte normativa do Direito contratual sempre foi residual no Direito brasileiro. Acompanhando a experiência moderna europeia, a doutrina e a legislação brasileiras enfatizam o papel secundário, quando não meramente interpretativo, do costume contratual. A jurisprudência brasileira, ao seu turno, em poucos casos dá tratamento geral para a figura. Por outro lado, o processo de redução de distâncias e aproximação cultural, social e econômica usualmente conceituada como globalização, fez sentir seu peso sobre os contratos por meio da incorporação de uma série de soluções saídas da prática comercial internacional. Embora pudessem ser justificados pelo vetusto princípio da liberdade, de alguma forma esses “usos” internacionais se insinuam para dentro do Ordenamento brasileiro ao ponto de exigirem que os próprios Tribunais lhe deem tratamento e guarida. De um lado, portanto, se nega a existência de papel normativo criativo ao costume contratual, por outro, ainda que de forma indireta, se reconhece não só sua existência, mas a possibilidade de que sua origem seja externa. Este tratamento paradoxal reflete, em alguma medida, outra consequência: o Direito contratual brasileiro está em processo de internacionalização. Eis, então, que um novo embate se anuncia: a ampla liberdade criativa (tributária da chamada *Lex mercatoria*) e o controle da incorporação do ato estrangeiro (ordem pública). Ao contrário de outrora,

contudo, nenhuma resposta simplista será viável especialmente em razão da complexidade da contemporaneidade contratual e das características regulatórias do Direito contratual brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato – Costume – Internacionalização – Pluralismo Normativo – Lex Mercatoria – Ordem Pública.

ABSTRACT

This study adopts the proposition that it is possible to the customs to be sources of contractual obligations. To support that premise, it was necessary to seek jurisprudential (arbitration and litigation) and comparative basis. Even more, due to contract law internationalization, customary international sources should be subject of domestic treatment, as they provide contractual obligations as well as they work as contractual interpretation tool. However, one can't neglect the need to control the customary content. In detailed terms, then, we can say that the role reserved for the custom as contractual law rules source has always been residual in Brazilian law. Accompanying the modern European experience, doctrine and Brazilian legislation emphasize the secondary, when not merely interpretive, role of the contractual custom. To turn, Brazilian case law wasn't able to give general treatment to contractual custom. Moreover, the process of reducing distances and cultural, social and economic approximation, usually called globalization, influenced the contracts through the incorporation of a number of solutions brought from the international trade practice. Although they might be justified by the age-old principle of freedom, somehow these international «uses» insinuate themselves into Brazil to the point of requiring that the Brazilian Courts themselves to give them treatment and shelter. On one side, if you deny the existence of a creative normative role in contractual custom by another, albeit indirect, is recognized not only their existence but the possibility of foreign origin. This paradoxical treatment reflects, to some extent, another consequence: the Brazilian contract law is in the process of internationalization. Here, then, a new confrontation is announced: a broad creative freedom (a tributary of the so-called *Lex mercatoria*) and the foreign act incorporation control (public order). Unlike before, however, no simplistic answer would be feasible, particularly because of the complexity of contemporary and regulatory Brazilian contract law.

KEYWORDS: Contract - Custom - Internationalization - Normative Pluralism - Lex Mercatoria - Public Order.

RÉSUMÉ

Cette étude adopte la proposition selon laquelle il est possible que les coutumes doivent être reconnues comme des sources d'obligations contractuelles. Ainsi, pour démontrer cette hypothèse, il était nécessaire qu'on recherchât la jurisprudence (l'arbitrale et judiciaire), en adoptaient, aussi, la méthode comparative. On a pu conclure que, compte tenu de l'internationalisation du droit des contrats, les sources coutumières internationales devraient recevoir traitement domestique, car elles fournissent des obligations contractuelles et non pas seulement s'agissent de technique d'interprétation des affaires. On ne peut pas, pourtant, négliger la nécessité de contrôler leur contenu. En termes détaillés, alors nous pouvons dire que le rôle réservé à la coutume en tant que source de règles du droit contractuel a toujours été résiduel dans le Droit Brésilien. Accompagnant l'expérience européenne moderne, la doctrine et la législation brésilienne lui mettent en évidence le rôle secondaire, sinon simplement interprétatif, de la coutume contractuelle. Rarement la jurisprudence brésilienne, donne un traitement général à cette figure. Pourtant, les processus de réduction des distances et de rapprochement culturel, généralement conçus comme mondialisation, font sentir leurs effets sur les contrats par l'incorporation d'un certain nombre de solutions issues de la pratique du commerce international. Bien qu'ils auraient pu être justifiés par le vétuste principe de la liberté contractuelle, en quelque sorte ces «usages» internationales s'insinuent de telle forme dans le règlement brésilien que les tribunaux eux-mêmes sont appelés à les accueillir et à les traiter. Par conséquent, d'un côté il est nié l'existence du rôle normatif de la coutume contractuelle, et de l'autre, quoique indirectement, il est reconnu non seulement son existence, mais la possibilité de que son origine soit étrangère. Ce traitement paradoxal reflète, dans une certaine mesure, une autre conséquence : le droit contractuel brésilien subit un processus d'internationalisation. Voici donc,

qu'une nouvelle confrontation s'annonce : la grande liberté de création (tributaire de la lex mercatoria) et versus l'ordre public. Au contraire d'autrefois, cependant, aucune réponse simpliste sera désormais possible notamment en raison de la complexité des caractéristiques contractuelles et réglementaires contemporaines du droit contractuel brésilien.

MOTS-CLÉS: Contrat – Usage – Internacionalisation – Pluralisme Normatif – Lex Mercatoria – Ordre Publique.

RESUMEN

Este estudio adopta la tesis de que es posible que las costumbres sean fuentes de las obligaciones contractuales. Por lo tanto, trató de demostrar esta premisa a través de una investigación jurisprudencial (arbitraje y judicial) y por el método comparativo. Se concluyó que, dada la internacionalización del Derecho contractual, las fuentes costumeras internacionales deben ser objeto de tratamiento doméstico, ya que proporcionan una obligación contractual y no solamente la interpretación del negocio jurídico. No se puede, sin embargo, descuidar la necesidad de controlar su contenido. En términos detallados, entonces podemos decir que el papel reservado a la costumbre como fuente de las normas del Derecho contractual siempre ha sido residual en la legislación brasileña. Siguiendo la experiencia europea moderna, la doctrina y la legislación brasileña reservan a la costumbre un papel secundario, cuando no meramente interpretativo. La jurisprudencia brasileña, a su vez en algunos casos da un tratamiento general para la figura. Por otra parte, el proceso de reducción de distancias y de aproximación cultural, como normalmente se define la globalización económica y social, influencia los contratos a través de la incorporación de una serie de soluciones consagradas por la práctica del comercio internacional. A pesar de que podría estar justificada por el principio secular de la libertad, de alguna manera estos “usos” internacionales se insinúan en Brasil hasta el punto de exigir que los propios tribunales les den el tratamiento y el reconocimiento. Por un lado, así que si uno niega la existencia de la función normativa de la costumbre contractual por otro, aunque sea indirecta, es reconocida no sólo su existencia sino la posibilidad de que su origen es extranjera. Este tratamiento paradójico refleja, en cierta medida, otra consecuencia: la ley brasileña de contratos está en el proceso de internacionalización. Aquí, entonces, que un nuevo enfrentamiento que se anuncia: una amplia libertad creativa (un afluente de la llamada *lex mercatoria*) y la orden pública. Diferentemente de antes, sin

embargo, una respuesta simplista no sería factible en particular debido a la complejidad de las actuales características contractuales y reglamentarias de la ley brasileña de contratos.

PALABRAS CLAVES: Contrato – Costumbre – Internacionalización – Pluralismo Normativo – Lex Mercatoria – Orden Publica.



SUMÁRIO

PARTE I – O COSTUME COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS	21
I. INTRODUÇÃO	21
II. PREMISSAS METODOLÓGICAS	36
2.1 PREMISSAS BÁSICAS	36
2.2 TEMPOS DE PLURALISMO JURÍDICO	49
2.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL	59
III. A BARGANHA PELA SOBERANIA: O PAPEL DO COSTUME NO DIREITO CONTRATUAL MODERNO	71
3.1 O COSTUME COMO FONTE DO DIREITO	71
3.1.1 O COSTUME NA FORMAÇÃO DO DIREITO EUROPEU CONTEMPORÂNEO	77
3.1.2 O COSTUME NA FORMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	94
3.1.3 O COSTUME NA FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO	98
3.1.4 BREVÍSSIMOS APONTAMENTOS SOBRE A EXISTÊNCIA DO COSTUME COMO FONTE DO DIREITO NO DIREITO COMPARADO	117
3.2 O COSTUME COMO FONTE DO DIREITO CONTRATUAL	127
3.2.1 DOS TRADICIONAIS REQUISITOS PARA FORMAÇÃO DO COSTUME CONTRATUAL	127
3.2.2 DO PAPEL TRADICIONALMENTE DISPENSADO AO COSTUME COMO FONTE DO DIREITO CONTRATUAL	139
3.3 UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA: COSTUME, USOS E PRÁTICAS NEGOCIAIS	147
3.4 NOTAS CONCLUSIVAS PARCIAIS	159
PARTE II – A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL E O TRATAMENTO DO COSTUME COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS	165
IV. PROPER LAW OF CONTRACT, NOVA LEX MERCATORIA	165
4.1 GLOBALIZAÇÃO E DESAFIOS LANÇADOS AO DIREITO TRADICIONAL	166

4.2 A TENDÊNCIA À UNIFORMIZAÇÃO E HARMONIZAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL EM ÂMBITO INTERNACIONAL	176
4.2.1 HARMONIZAÇÃO CONTRATUAL EM ÂMBITO EUROPEU	178
4.2.2 INICIATIVAS HARMONIZANTES PROMOVIDAS POR ESTADOS: PERSPECTIVA BRASILEIRA	182
4.2.3 INICIATIVAS HARMONIZANTES PROMOVIDAS POR ORGANISMOS NÃO ESTATAIS E ENTIDADES PRIVADAS	186
4.3 A PRIVATIZAÇÃO DAS FONTES: LEX MERCATORIA E PROPER LAW OF CONTRACT	190
4.3.1 DA ANTIGA A NOVA LEX MERCATORIA	192
4.3.2 LEX MERCATORIA: ORDEM JURÍDICA AUTÔNOMA?	201
4.3.3 A REPERCUSSÃO DO DEBATE NA DOUTRINA BRASILEIRA	209
4.3.4 CONSEQÜÊNCIAS NORMATIVAS DO DEBATE	213
4.3.5 LEX MERCATORIA: CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE?	223
V. TOLERÂNCIA, CONVIVÊNCIA OU DESPREZO? A DURA RELAÇÃO ENTRE COSTUMES CONTRATUAIS E ORDENAMENTOS NACIONAIS	230
5.1 COSTUMES CONTRATUAIS LOCAIS, REGIONAIS OU NACIONAIS SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA ESTATAL BRASILEIRA	230
5.1.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	231
5.1.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	236
5.1.3 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ	238
5.1.4 CONCLUSÃO PARCIAL	241
5.2 COSTUMES CONTRATUAIS INTERNACIONAIS RECONHECIDOS POR MEIO DE TRATADOS INTERNACIONAIS: O CASO DA CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980 (CISG)	242
5.3 COSTUMES CONTRATUAIS INTERNACIONAIS RECONHECIDOS POR MEIO DE CONSOLIDAÇÕES DE ORIGEM PRIVADA: O CASO DOS PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS UNIDROIT (PICC) E DOS INCOTERMS DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI)	260
5.3.1 PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS PELO INSTITUTO INTERNACIONAL DE UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL - UNIDROIT (2010).....	260
5.3.2 INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS - INCOTERMS CCI (2010)	289
5.4 NOTAS CONCLUSIVAS PARCIAIS: COSTUMES CONTRATUAIS INTERNACIONAIS RECONHECIDOS POR TRIBUNAIS NACIONAIS?	295
PARTE III – LIMITES E PERSPECTIVAS DO COSTUME COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS	300
VI. LIMITES AO COSTUME COMO FONTE DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS	300
6.1 OS LIMITES DISPOSTOS AOS CONTRATANTES: O EXEMPLO DA AUTONOMIA PRIVADA ..	301
6.2 OS LIMITES A DISPOSIÇÃO DOS ESTADOS: O EXEMPLO DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL	327
6.3 OS LIMITES PARA FORA DA ORDEM ESTATAL: AS POSSIBILIDADES DOS DIREITOS HUMANOS ..	353
VII. CONCLUSÃO	366
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	370