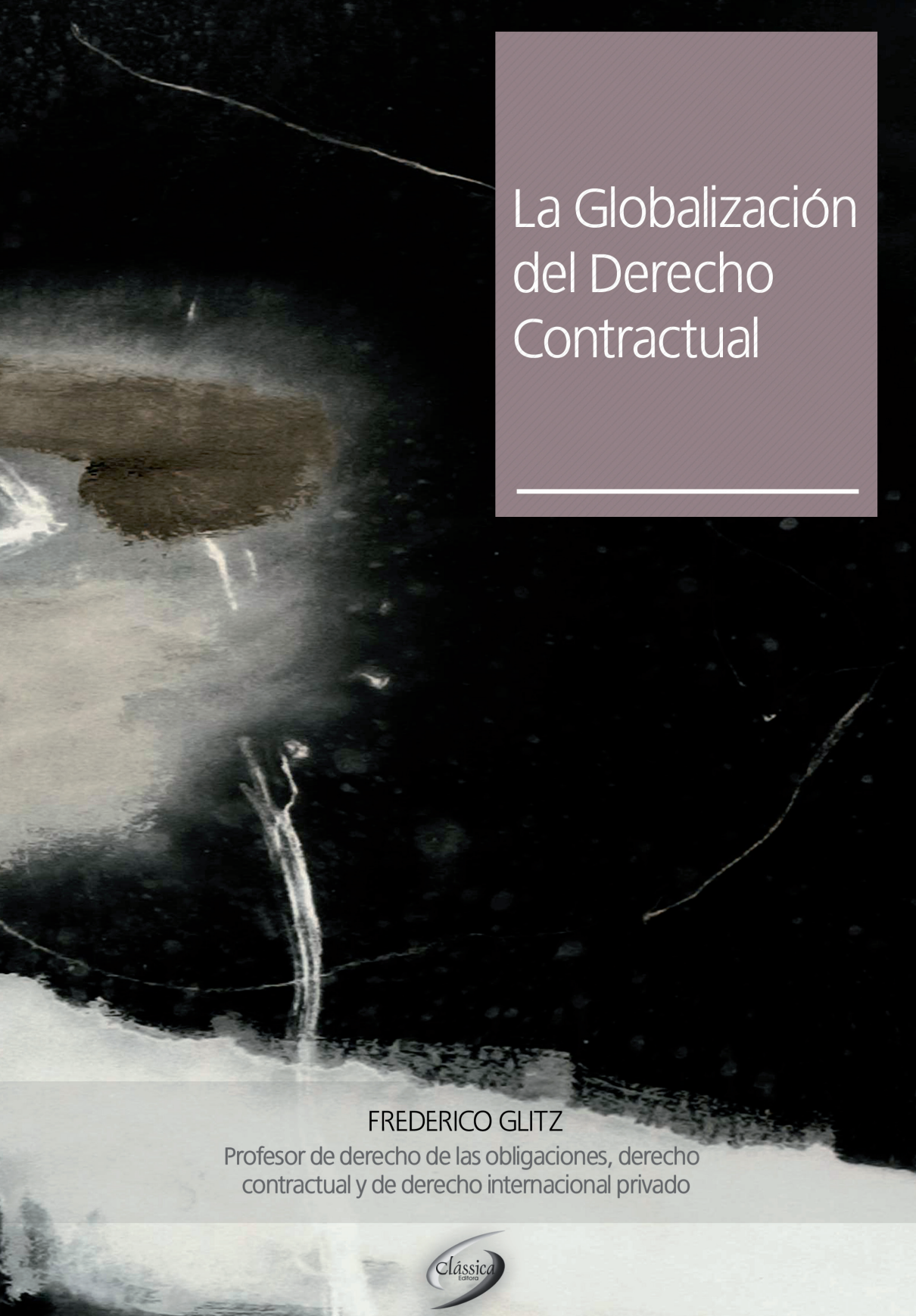




La Globalización del Derecho Contractual

FREDERICO GLITZ

Profesor de derecho de las obligaciones, derecho
contractual y de derecho internacional privado



LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL

NOTA DE ACTUALIZACIÓN: EL TEXTO DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (CISG), FIRMADO EN VIENA EN 1980, FUE RECIENTEMENTE INCORPORADO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO MEDIANTE EL DECRETO LEGISLATIVO N ° 538, DEL 18 DEL OCTUBRE DE 2012. EL CONTENIDO DE ESTE LIBRO ES ANTERIOR AL MENCIONADO DECRETO, POR LO QUE ALERTAMOS AL LECTOR SOBRE LAS INEVITABLES DIVERGENCIAS Y SUGERIMOS SE INTERPRETE CON LA DEBIDA PRECAUCIÓN.

FREDERICO F. F. OLIVEIRA

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

PROFESOR DE DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, DERECHO CONTRACTUAL Y DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL

TRAD. MARIA NOEL ANTAS

2012 | 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>

EDITORA 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
Lívia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão
Luiz Eduardo Gunther

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy

Produção Editorial: Ruth Mello

Revisão: Lara Bósio

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

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-
La globalización del derecho contractual [recurso electrónico]
/ Frederico Eduardo Zenedin Glitz ; traducción Maria Noel
Antas. - Rio de Janeiro : Clássica, 2012.
recurso digital

Traducción: Contrato, globalização e LEX mercatória
Formato: ePub
Requisitos del sistema: Adobe Digital Editions
Modo de acceso: World Wide Web
Incluye bibliografía e índice
ISBN 978-85-99651-50-6 (recurso electrónico)

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

12-7604.

CDU: 347.4

18.10.12 25.10.12
039989

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

LISTA DE SIGLAS	9
RESUMEN	11
ABSTRACT	13
RÉSUMÉ	15
PARTE I – LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES	
NACIONALES E INTERNACIONALES	17
I. INTRODUCCIÓN	17
II. PREMISAS METODOLÓGICAS	35
2.1 PREMISAS BÁSICAS.....	35
2.2 TIEMPOS DE PLURALISMO JURÍDICO	48
2.3 LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL	59
III. LA TRANSACCIÓN POR LA SOBERANÍA: EL PAPEL DE LA COSTUMBRE EN EL DERECHO CONTRACTUAL MODERNO	71
3.1 LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO	71
3.1.1 LA COSTUMBRE EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO EUROPEO CONTEMPORÁNEO	78
3.1.2 LA COSTUMBRE EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO BRASILEÑO CONTEMPORÁNEO.....	96
3.1.3 LA COSTUMBRE EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO	100
3.1.4 BREVÍSIMOS APUNTES SOBRE LA EXISTENCIA DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE DERECHO EN EL DERECHO COMPARADO	120
3.2 LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO CONTRACTUAL	131
3.2.1 DE LOS REQUISITOS TRADICIONALES PARA LA FORMACIÓN DE LA COSTUMBRE CONTRACTUAL.....	131
3.2.2 DEL PAPEL TRADICIONALMENTE DISPENSADO A LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO CONTRACTUAL	143
3.3 UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: COSTUMBRE, USOS Y PRÁCTICAS DE NEGOCIO	152
3.4 CONCLUSIONES PARCIALES	166

PARTE II – LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL Y LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES	173
IV. PROPER LAW OF CONTRACT, NUEVA LEX MERCATORIA	173
4.1 GLOBALIZACIÓN Y DESAFÍOS LANZADOS AL DERECHO TRADICIONAL.....	174
4.2 LA TENDENCIA A LA UNIFORMIZACIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	185
4.2.1 ARMONIZACIÓN CONTRACTUAL EN EL ÁMBITO EUROPEO.....	187
4.2.2 INICIATIVAS ARMONIZANTES PROMOVIDAS POR ESTADOS: PERSPECTIVA BRASILEÑA .	193
4.2.3 INICIATIVAS ARMONIZANTES PROMOVIDAS POR ORGANISMOS NO ESTATALES Y ENTIDADES PRIVADAS	195
4.3 LA PRIVATIZACIÓN DE LAS FUENTES: LEX MERCATORIA Y PROPER LAW OF CONTRACT	200
4.3.1 DE LA ANTIGUA A LA NUEVA LEX MERCATORIA	202
4.3.2 LEX MERCATORIA: ¿ORDEN JURÍDICO AUTÓNOMO?	212
4.3.3 LA REPERCUSIÓN DEL DEBATE EN LA DOCTRINA BRASILEÑA	220
4.3.4 CONSECUENCIAS NORMATIVAS DEL DEBATE	224
4.3.5 LEX MERCATORIA: ¿CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD?	235
V. ¿TOLERANCIA, CONVIVENCIA O DESPRECIO? LA DURA RELACIÓN ENTRE LAS COSTUMBRES CONTRACTUALES Y LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES	243
5.1 COSTUMBRES CONTRACTUALES LOCALES, REGIONALES O NACIONALES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA ESTATAL BRASILEÑA	243
5.1.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	244
5.1.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA	250
5.1.3 TRIBUNAL DE JUSTICIA DE PARANÁ	252
5.1.4 CONCLUSIÓN PARCIAL.....	255
5.2 COSTUMBRES CONTRACTUALES INTERNACIONALES RECONOCIDAS POR MEDIO DE TRATADOS INTERNACIONALES: EL CASO DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 (CISG)	255
5.3 COSTUMBRES CONTRACTUALES INTERNACIONALES RECONOCIDAS POR MEDIO DE CONSOLIDACIONES DE ORIGEN PRIVADO: EL CASO DE LOS PRINCIPIOS RELATIVOS A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES UNIDROIT (PICC) Y DE LOS INCOTERMS DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI)	276
5.3.1 PRINCIPIOS RELATIVOS A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES POR EL INSTITUTO INTERNACIONAL DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL – UNIDROIT (2010).....	277
5.3.2 INTERNATIONAL COMMERCIAL TERMS - INCOTERMS CCI (2010).....	309
5.4 CONCLUSIONES PARCIALES: ¿COSTUMBRES CONTRACTUALES INTERNACIONALES RECONOCIDAS POR TRIBUNALES NACIONALES?	315

PARTE III – LÍMITES Y PERSPECTIVAS DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE

OBLIGACIONES CONTRACTUALES 321

VI. LÍMITES A LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES 321

6.1 LOS LÍMITES DISPUESTOS A LOS CONTRATANTES: EL EJEMPLO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA322

6.2 LOS LÍMITES A DISPOSICIÓN DE LOS ESTADOS: EL EJEMPLO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL351

6.3 LOS LÍMITES FUERA DEL ORDEN ESTATAL: LAS POSIBILIDADES DE LOS DERECHOS HUMANOS382

VII. CONCLUSIÓN..... 395

REFERENCIAS 400

LISTA DE SIGLAS

AAA	– <i>American Arbitration Association</i> – Asociación Americana de Arbitraje.
CCI	– <i>Chambre de Commerce Internationale</i> – Cámara de Comercio Internacional.
CE	– Comunidad Europea.
CIDIP	– Conferencia Interamericana sobre Derecho wInternacional Privado.
CISG	– <i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980)</i> – Convención de las Naciones Unidas sobre la venta internacional de mercaderías (Viena, 1980).
DCFR	– <i>Draft Common Frame of Reference</i> – Proyecto de marco de referencia.
DIP	– Derecho Internacional Público.
DIPRI	– Derecho Internacional Privado.
FMI	– Fondo Monetario Internacional
INCOTERMS	– <i>International Commercial Terms</i> – Términos de Comercio Internacional.
LCIA	– <i>London Court of International Arbitration</i> – Corte Internacional de Arbitraje de Londres.
LICC	– Ley de Introducción al Código Civil brasileño
MERCOSUR	– Mercado Común del Sur
OEA	– Organización de Estados Americanos
OHADA	– <i>L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires</i> – Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África.
OMC	– Organización Mundial del Comercio.

PCCI	– Principios UNIDROIT relativos a los contratos comerciales internacionales.
PECL	– <i>Principles of European Contract Law</i> – Principios de Derecho contractual europeo.
SCC	– Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.
SGECC	– <i>Study Group on a European Civil Code</i> – Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo.
TRIPS	– <i>WTO Trade-related aspects of intellectual property rights</i> – Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
UCC	– <i>Uniform Commercial Code</i> – Código Uniforme de Comercio
EU	– Unión Europea.
ULIS	– <i>Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods</i> – Convención sobre el Derecho uniforme aplicable a las compras internacionales de bienes
UNCITRAL	– <i>United Nations Commission on International Trade Law</i> – Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
UNESCO	– <i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i> – Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
UNIDROIT	– <i>International Institute for the Unification of Private Law</i> – Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

 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.



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 Public.