

LEX MERCATORIA E DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL**LEX MERCATORIA AND INTERNATIONAL TRADE LAW**Valério Mazuolli¹

Como citar: MAZUOLLI, Valério. *Lex Mercatoria* e Direito do Comércio Internacional. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 8, n. 1, e074, jan./jun., 2023. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v8n1.e074

Resumo: Este ensaio pretende verificar os elementos caracterizadores da nova *lex mercatoria* e compreendê-los à luz da dinâmica das relações internacionais, sobretudo no âmbito do direito do comércio internacional. Para tanto, optou-se por trazer à luz as concepções jurídicas sobre a matéria desenvolvidas por Berthold Goldman e Paul Lagarde. A conclusão é no sentido de ser a nova *lex mercatoria* uma ordem jurídica autônoma e independente da vontade dos Estados, pertencente ao universo do Direito e operante no direito do comércio internacional, capaz de regular coerentemente as suas relações jurídicas.

Palavras-chave: *Lex Mercatoria*; direito do comércio internacional; autonomia da vontade; nova ordem jurídica.

Abstract: This essay seeks to analyze the elements that characterize the new *lex mercatoria* and understand them in light of the dynamics of international relations, especially in the field of international trade law. To this end, this paper is grounded on legal concepts developed by Berthold Goldman and Paul Lagarde. The conclusion is that the new *lex mercatoria* is an autonomous legal order, independent from the will of states, part of the legal system within international trade law that functions with its own coherent structure.

Keywords: *Lex Mercatoria*; international trade law; autonomy of will; new legal order.

¹ Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2008), aprovado com nota máxima e com voto de louvor (*summa cum laude*) por unanimidade. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2003), aprovado com o conceito máximo e com distinção pela banca examinadora. Realizou estágio de pós-doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade Clássica de Lisboa, sob a orientação do Professor Catedrático Jorge Miranda (2010-2011). Atualmente é Professor Associado da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), aprovado em primeiro lugar no concurso público de provas e títulos de ingresso na carreira (2008). E-mail: contato@valeriomazuoli.com.br.

La Lex Mercatoria se situe donc bien, substantiellement comme formellement, dans le domaine du droit; il reste encore à veiller à ce que les intérêts dont elle poursuit la satisfaction demeurent suffisamment équilibrés pour garantir la légitimité de ses prescriptions. Mais ceci, aurait dit Kipling, est une autre histoire.

Berthold Goldman

INTRODUÇÃO

Este ensaio pretende desvendar, *a priori*, duas questões. A primeira pode ser formulada da seguinte maneira: os particulares, que atuam como partes negociais no comércio internacional, estão, de fato, regidos por um sistema de normas criado fora do sistema jurídico estatal? Em outros termos, há, efetivamente, um conjunto de regras comerciais costumeiras cujo caráter jurídico deve ser reconhecido antes mesmo de ser incorporado a tratados ou antes de oficialmente consagrado por organismos internacionais? A segunda, por sua vez, pode ser assim colocada: há legitimidade jurídica em entender tais regras costumeiras internacionais, acaso existentes, como alheias ao ordenamento jurídico estatal e fora do alcance de sua regulação?

Tais questionamentos são matéria de alta indagação jurídica e os problemas deles decorrentes são de grande atualidade, sobretudo à luz da era das comunicações. Contudo, se a matéria é importante na atualidade, também não é nova. Foi Berthold Goldman quem, em 1964, detectando a existência desse direito costumeiro internacional, nascido das práticas comerciais internacionais, trouxe à tona a doutrina da nova *lex mercatoria*, em trabalho publicado nos *Archives de Philosophie du Droit*, nº 9, intitulado “Frontières du droit et *lex mercatoria*”.¹ Foi ali que Goldman lançou as bases para uma ardente e profunda discussão sobre a nova *lex mercatoria* e sua caracterização como *fonte* do direito do comércio internacional.

Depois daquele texto inaugural de Goldman vários outros surgiram, defendendo ou contestando a validade da *lex mercatória*.² Três correntes surgiram: *a)* aqueles que defendiam (como Goldman) a existência do caráter jurídico autônomo da *lex mercatoria*; *b)* aqueles que contestavam e se opunham à formação dessas pretensas regras jurídicas; e *c)* aqueles mais moderados que, sem aderir a uma ou outra posição, encontravam-se no meio-termo dos problemas mais controvertidos da matéria. Hoje, porém, uma verdade é inegável: a *lex mercatoria* está presente na contemporaneidade e se constitui em fato extremamente dinâmico

¹. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 09, Paris: Sirey, 1964, p. 177-192.

². V. LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria*. *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechniques, 1982, p. 125 e ss; e KAHN, Philippe. *Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechniques, 1982, p. 97 e ss.

e capaz de gerir interesses específicos de grupos comerciais internacionais e, inclusive, de Estados nas relações com a sociedade internacional de mercadores, não sendo admissível que os internacionalistas se omitam relativamente ao seu estudo e ao entendimento de seu fenômeno atual.

Hoje se vive sob a égide da técnica, a qual – como explica Irineu Strenger – “alcança, não só o terreno da materialidade produtiva, mas também intervém como corretivo metodológico no desempenho do Direito, e uma das áreas mais sensíveis e acolhedoras dessa circunstância é o comércio internacional com todas as suas vicissitudes”.³ De fato, não há como negar que as trocas mercantis se valem de regras próprias, com instrumentalidade nascida do seio das associações internacionais de mercadores, representada pelas modalidades de créditos, compra e venda internacional, pelos contratos ou fórmulas-tipo, pelos créditos secundários, pelos transportes e, até mesmo, pela instituição de tribunais arbitrais.⁴

A verdade é que não se nega mais que as práticas correntes do comércio internacional são capazes de ser juridicamente apreendidas e consolidadas a partir de uma repetição de atos que se desenvolvem no tempo e que se impregnam nas associações de mercadores, comportando-se como *fontes* do direito aptas a fazer lei entre as partes.⁵ Os instrumentos negociais internacionais, antes de positivados em tratados ou mesmo antes de oficialmente aceitos por organismos internacionais especializados, já se vão tornando regra obrigatória para aqueles que atuam no cenário do comércio internacional, sem contestação de qualquer índole.

A *lex mercatoria* é, como diz Strenger, o recipiente “captador de todas essas situações, alcançando, com pleno êxito, o desiderato de congregar como nomenclatura inconfundível o contexto geral e significativo dos acontecimentos que envolvem o comércio internacional no sentido mais amplo”.⁶ Daí ser praticamente impossível estudar o comércio internacional contemporâneo sem perquirir a natureza jurídica da *lex mercatoria*, que de há muito domina o processo de elaboração das regras emanadas da sociedade internacional dos mercadores e rege os conflitos que porventura ali se perfazem. O comércio internacional é dinâmico por natureza, e ainda não se visualiza com nítidos contornos o processo de formação dessa nova *lex mercatoria*. As concepções de juristas como Berthold Goldman e Paul Lagarde, pensamos, são importantes para se compreender esse fenômeno do comércio internacional, e sobre elas passaremos a nos dedicar ao longo deste ensaio.

³. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 17.

⁴. Idem, *ibidem*.

⁵. Nesse sentido, cf. RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*. 15. ed. par Michel Germain. Paris: LGDJ, 1993, p. 26-31.

⁶. Idem, p. 18.

2. DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E LEX MERCATÓRIA

Da lição de Irineu Strenger é possível abstrair ser o comércio internacional a atividade lucrativa transfronteira praticada mediante a consecução de atos formais, cuja finalidade é o intercâmbio (visível e invisível) de mercadorias, de tecnologias, de investimentos e de representações, bem assim de outros entendimentos que possibilitem a obtenção de lucros e vantagens para as partes intervenientes.⁷

O desenvolvimento do comércio internacional tem se dado de forma estrondosa na atualidade, à medida que as novas tecnologias se desenvolvem e estreitam ainda mais as relações entre os países, o que acaba por influenciar os costumes e, por meio deles, o próprio Direito. À medida que a humanidade se desenvolve, desenvolvem-se também as regras pelas quais opera o comércio internacional, chamadas *lex mercatoria*. Nesse cenário, o Estado vai cada vez mais deixando de ser o único protagonista da cena internacional para dividir espaço com corporações de toda índole, atuantes nos mais variados campos do comércio internacional.

A evolução dos negócios internacionais, explica Strenger, “envolve cada vez mais a utilização de técnicas asseguradoras da boa consumação dos entendimentos comerciais, exigindo, para esse fim, a garantia que chamamos plurivincular, pela necessidade de intervenção de pessoas físicas e jurídicas, estas últimas geralmente representadas por entidades bancárias”, acentuando a tendência do direito do comércio internacional em “transformar-se em um *jus comune*, dotado de um direito material próprio para reger as relações internacionais”.⁸ Todas essas questões, é certo, levaram os juristas a encarar o fenômeno sob ângulos diversos, de modo a não somente explicar o desenrolar do comércio internacional em escala global, mas também a encontrar as bases sob as quais esse comércio se fundamenta. É dizer, nasceu a necessidade de identificar as regras pelas quais o comércio internacional opera, sendo certo que o nascimento da *lex mercatoria* nasceu exatamente da identificação de tais regras, “inserindo-se no processo histórico como denominação que melhor consagra o primado dos usos do comércio internacional”.⁹ Em outras palavras, o fenômeno do comércio internacional levou à necessidade inevitável de criação de um conjunto de normas capazes de regulamentar as suas atividades no plano internacional.

Diferentemente de outros ramos do Direito, que se desenvolvem e são fruto da jurisprudência acumulada ao longo de dezenas de anos, a qual o legislador nacional se encarrega de compilar e codificar nas bases do direito posto, a criação do comércio internacional tem se

7. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996, p. 21.

8. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 23.

9. Idem, *ibidem*.

fundamentado em usos e costumes internacionais e no labor de organismos internacionais dedicados à sua regulamentação. Daí se falar em ser a *lex mercatoria* a expressão metanacional do comércio internacional, uma vez que o nascedouro das regras e normas de conduta comerciais internacionais provém do plano internacional e não das práticas e usos *locais*.

O desenvolvimento dos meios de comunicação e as facilidades do comércio eletrônico são fatores decisivos para que se (re)estude a nova *lex mercatoria* em seus aspectos mais particulares. De fato, o estreitamento das relações entre pessoas ao redor de todo o mundo tem levado à evolução do comércio internacional, que passa a contar com novas funcionalidades e com dinamismo incomparável. Todo esse mosaico de fatores leva à necessidade de (re)compreensão do fenômeno do comércio internacional e, conseqüentemente, da *lex mercatoria*.

3. GÊNESE DA NOVA *LEX MERCATORIA*

Já se disse que o comércio internacional foi grandemente influenciado pelo progresso tecnológico, tendo este influenciado os costumes e, conseqüentemente, o próprio Direito. Por influência dessas mudanças, alguns fatos marcantes passaram a ocorrer no cenário internacional, estando o principal deles ligado ao papel do Estado nas relações internacionais. O Estado, em decorrência dos novos fatos que a sociedade internacional vem experimentando, passa a deixar de ser o único ator das relações internacionais para conviver com *outros sujeitos* de direito, antes desconsiderados como tal. Tornou-se frequente a participação de empresas privadas em inúmeros acordos e contratos do comércio internacional, tendo os Estado estrangeiros como contraparte. Esse afastamento do Estado de algumas atividades internacionais permitiu o desenvolvimento de regras disciplinadoras do comércio internacional, nascidas de sua aplicação e uso reiterados entre a sociedade internacional dos comerciantes.¹⁰

Tendo como antecedentes a *Lex Rhodia de Jactu – Lei do Mar de Rodes (300 a.C.)*, adotada inicialmente pelos gregos e troianos e, posteriormente, disseminada no restante da Europa, e o *Jus Mercatorum* desenvolvido a partir do século XIV, a chamada *lex mercatoria* nasceu das feiras da Idade Média, em resposta aos direitos feudais que, com seus inúmeros privilégios, entravavam as relações comerciais da época.¹¹ As feiras da Idade Média nas cidades italianas e na França, fomentaram o deslocamento de mercadores de um lugar a outro, com a

¹⁰. Cf. MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex Mercatoria: evolução e posição atual*. *Revista dos Tribunais*, vol. 709, São Paulo, nov./1994, p. 42.

¹¹. Cf. HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e “lex mercatoria”*: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.

utilização dos principais portos, notadamente em Veneza, Gênova e Marselha, espalhando-se depois para o resto da Europa, atingindo Barcelona, Amsterdam e as cidades da Liga Hanseática. No entanto, o desenvolvimento dessa prática foi tão fugaz que sequer houve tempo para reflexões mais apuradas sobre as suas fontes e o seu conteúdo, dado o dinamismo característico dos meios de comércio. Instituíram-se, assim, costumes relativos aos intercâmbios, sedimentados nos usos constantes dos mercadores relativamente a determinada prática.

Tais usos e costumes, nascidos da prática contratual internacional, foram qualificados como verdadeira *lex mercatoria*, uma ordem jurídica dos comerciantes a reger os usos profissionais do comércio no cenário internacional, com dinamismo e informalidade.¹² Aliás, mais do que reger tais usos profissionais, a *lex mercatoria* tem como fim precípua libertar a comunidade internacional de mercadores “de certas injunções legislativas emanadas dos Estados”, desiderato este que, na prática, foi plenamente alcançado, “pois inúmeros são os exemplos resultantes do desenvolvimento das práticas implantadas por regulamentos privados ou comunitários, que outra coisa não são, em nossos dias, senão ordenamentos disciplinadores da atividade comercial internacional, cada vez mais receptícios e submissamente adotados pelos comerciantes internacionais”.¹³

O comércio internacional, pelo próprio meio em que desenvolve as suas atividades, depende mais do seu próprio processo criativo que da atuação de Estados à regulação de suas atividades, notadamente em razão de sua origem histórica. De fato, não eram juízes comuns que julgavam as questões (lides) advindas da prática comercial, senão os próprios mercadores organizados em “câmaras” julgadoras, por meio de suas respectivas corporações. Tal levou a *lex mercatoria* a caracterizar-se como tema transnacional, que supera a soberania dos Estados em seu afã de regular toda e qualquer matéria a eles atinentes. Assim, a *lex mercatoria* passou, ela própria, a impor aos Estados o respeito aos seus comandos, promovendo a efetivação nas legislações internas das regras costumeiras do comércio internacional, demonstrando o seu poder de persuasão sobre a atividade parlamentar dos Estados.

Grande parte da influência exercida pela *lex mercatoria* nas legislações internas dos Estados adveio da insatisfação dos mercadores internacionais com as soluções dadas pelas leis internas às questões envolvendo o comércio internacional. Daí a necessidade de

¹². Para José Carlos de Magalhães: “Deixando de lado as definições precisas, pode-se considerar a *lex mercatoria* como as regras costumeiras desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidade. (...) A *lex mercatoria* – regras de direito costumeiro – é produzida pelos integrantes dos diversos setores do comércio internacional – comerciantes de cereais, de especiarias, de *commodities*, etc. – aceita e observada com a convicção de ser obrigatória e com efetividade imposta, não pelo Estado, mas pelos próprios integrantes da corporação formada em cada um desses setores” (*Lex Mercatoria...*, cit., p. 43).

¹³. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 25.

reconhecimento da autonomia da *lex mercatoria* frente às normas do direito interno, tal um ordenamento jurídico independente, que ladeia as ordens domésticas na intenção de regular o comércio internacional, sem submissão absoluta aos comandos internos estatais. Hoje, destaque-se, não há qualquer dúvida sobre a possibilidade de existência de ordens jurídicas de índole não estatal, é dizer, não provenientes de atividade legislativa interna, senão advindas de ordens particulares autônomas e independentes com poder de regulação em seus âmbitos próprios de atividade.

Portanto, a constatação de que o comércio internacional se desenvolve em ambiente *internacional* já é suficiente para concluir que os atos pelos quais tal comércio se realiza ultrapassam o quadro de um Direito puramente *estatal*, dando ensejo à criação de normas que atualmente pertencem à chamada nova *lex mercatoria*. Dessa forma, pode-se falar em alguns vínculos essenciais do comércio, que – segundo Strenger – explicam logicamente os efeitos desse conformismo profissional, como veremos em seguida.

3.1. DESENVOLVIMENTO E DIFUSÃO DOS CONTRATOS REGENTES DOS NEGÓCIOS INTERNACIONAIS

O desenvolvimento e a difusão dos contratos que regem os negócios internacionais podem ser tidos como o primeiro vínculo do comércio internacional estimulador da formulação do conjunto de regras que faz nascer a *lex mercatoria*. Assim, tendo em vista a própria natureza do comércio internacional, que é eminentemente (e setorialmente) especializado, não se pode desconsiderar o importante papel desempenhado pelas organizações de profissionais do comércio internacional – e suas regulamentações respectivas – no sentido de criarem os contratos-tipo (ou fórmulas-padrão) que têm contribuído para a crescente formação de um direito uniforme do comércio.¹⁴

Portanto, a proliferação dos contratos *standard* é a prova mais nítida de que o conhecimento da disciplina jurídica aplicável às contratações típicas do comércio internacional depende quase que exclusivamente do conhecimento das regras da *lex mercatoria*, notadamente reveladas pelas práticas comerciais internacionais e pelas decisões arbitrais. A contratualística internacional tornou-se, assim, fator de formalização das práticas costumeiras que vêm se

¹⁴. Idem, ibidem. Em paralelo, cf. também RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit commercial*, cit., p. 29-31, reconhecendo o valor jurídico dos regulamentos profissionais do comércio – ainda que inferior aos advindos da normatividade estatal – e as vantagens de sua maleabilidade (“Ce type de règlement a sur la loi le grand avantage d’être établi par des professionnels compétents et de pouvoir être facilement modifié” [grifos do original]).

desenvolvendo ao longo do tempo relativamente á regulamentação das relações de comércio internacional.

3.2. PRÁTICAS CONSTANTES E UNIFORMES ADOTADAS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Outra importante fonte do comércio internacional reveladora do nascimento de uma nova *lex mercatoria* é a prática constante e uniforme adotada pelos comerciantes internacionais, criando direito aplicável para aqueles que atuam nessa seara. Tal prática transcende os limites da soberania estatal e se coloca acima dela. A essa prática são aplicáveis princípios interpretativos próprios, distintos dos existentes no Direito interno estatal.

Os usos de práticas uniformes no comércio internacionais se solidificam com o decorrer do tempo e passam a permear as atividades dos mercadores internacionais, tornando-se conhecidos em todos os ramos de atividades com suas especificidades próprias. As práticas em desconformidades com os usos do comércio passam a ser rechaçadas no cenário comercial e internacional e levam os mercadores dissidentes a experimentar o isolamento nas suas atividades mercantis.

Por outro lado, a cena internacional contemporânea tem mostrado que a comunidade internacional de mercadores procura, cada vez mais, escapar à autoridade do Direito interno estatal, com a adoção de operações típicas cuja prática se sobrepõe aos sistemas normativos, fixando na arbitragem o ponto de apoio para a resolução das conseqüentes contendas. Assim, cria-se uma *prática* comercial internacional e os *meios de resolução* de contendas típicos dessas práticas, com ênfase na arbitragem comercial internacional.

3.3. JURISPRUDÊNCIA DAS CÂMARAS ARBITRAIS

A nova *lex mercatoria* também se revela pela jurisprudência das câmaras arbitrais, dado que os precedentes adotados pelos árbitros internacionais têm servido de base normativa para a aplicação das regras costumeiras do comércio internacional delineadas pela *lex mercatoria*, à base de grandes princípios reconhecidos (v.g., força obrigatória do contrato, boa-fé, referência corrente a certos comportamentos etc.) que demonstram que esse Direito já ultrapassa, em sua aplicabilidade prática, os ordenamentos jurídicos internos dos Estados.¹⁵ Essa jurisprudência

¹⁵ Cf. RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit comercial*, cit., p. 32. A esse respeito, assim leciona Strenger: “Por muito aberta que seja, contudo, a posição que se adote em face da aplicação da regra de conflito tradicional, não poderemos deixar de reconhecer que se ela depara atualmente, como de resto já tem sido salientado por mais de uma vez ao longo desta exposição, com dois óbices fundamentais intransponíveis: a

arbitral serve, ainda, como previsão para os atores do comércio internacional de que, em casos semelhantes, a mesma solução lhes será aplicada.

A aplicação dos usos e costumes comerciais internacionais pelos tribunais arbitrais é reveladora do fato de que a *lex mercatoria* assumiu a condição de norma *jurídica*, dotada da mesma finalidade de *fonte* do direito objetivo, ainda que com caráter não-estatal. Trata-se, agora, de um direito objetivo da *societas mercatorum*.¹⁶

Para além desses vínculos essenciais do comércio internacional, acima descritos, a experiência internacional mostra que a *lex mercatoria*, cada vez mais, tipifica *per se* sua operacionalidade, criando procedimentos peculiares que acabam por desgastar as regras postas nos ordenamentos jurídicos (internos) de direito positivo.

4. CONCEITO, FONTES E CONTEÚDO DA NOVA *LEX MERCATORIA*

Depois de compreendido o fenômeno do comércio internacional na atualidade e a gênese da *lex mercatoria*, faz-se necessário conceituar, estabelecer as fontes e o conteúdo da chamada “nova *lex mercatoria*”. Para tanto, em primeiro lugar, é necessário entender que o comércio internacional impõe o nascimento de regras jurídicas cujo nascimento tem processamento distinto daquele que se opera no Direito interno estatal (no processo legislativo formal, ou por meio de precedentes segundo o regime da *common law*). Estando as relações jurídicas daí decorrentes investidas de imperatividade consentida, parece necessário tentar esboçar uma definição (com contornos nítidos) do conjunto dessas relações jurídicas, o que, em última análise, nada mais é do que a definição propriamente dita da *lex mercatoria*.

4.1. TENTATIVAS DE DEFINIÇÃO DA *LEX MERCATORIA*

As definições conhecidas de *lex mercatoria* não são coincidentes, não obstante todas elas apresentarem características comuns desse conjunto de regras comerciais internacionais. Alguns conceitos são extremamente sintéticos, ao passo que outros têm forma mais analítica e, conseqüentemente, mais alongada. Ao que nos parece, a *lex mercatoria* pode ser entendida

incapacidade dos ordenamentos jurídicos nacionais para fornecer resposta adequada às solicitações do comércio internacional (trata-se, na sua esmagadora maioria, de sistemas jurídicos herdados do século passado) e a incerteza sempre presente no plano dos sujeitos intervenientes quanto ao desfecho final da questão, uma vez a causa posta perante os tribunais estatais, quer por força da falta de conhecimento antecipado do direito material que a irá reger, quer em virtude da interpretação que dele possa fazer o juiz nacional, habituado sobretudo a julgar questões do foro interno, em função exclusiva do seu próprio direito nacional”. (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 33).

¹⁶. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 27.

como um conjunto de regras e princípios formados no seio da comunidade internacional de mercadores, com a finalidade de regulamentar as suas atividades recíprocas e com meios hábeis para garantir a sua efetiva aplicação. De forma mais abreviada, pode-se defini-la como as “regras do jogo” do comércio internacional.¹⁷ Trata-se então de um corpo de normas fundadas nos entendimentos comerciais internacionais e na prática contratual da comunidade internacional de mercadores, baseado nos usos e costumes comerciais internacionais, nos contratos-tipo e nas fórmulas-padrão, nas regulamentações comerciais internacionais ditadas nos limites de cada associação profissional em especial, bem como na jurisprudência das câmaras arbitrais.

Em verdade, segundo Strenger, o que se nota é que as definições de *lex mercatoria* procuram sempre realçar um estado de insatisfação com os sistemas nacionais, pela impossibilidade que demonstram em solucionar os problemas fundamentais do comércio internacional, estando já convenientemente demonstrado que a *lex mercatoria* assinala três tendências: a) a primeira, situando-a como uma ordem legal autônoma, criada espontaneamente pelas partes envolvidas nas relações econômicas internacionais e existindo independentemente dos sistemas nacionais; b) a segunda, imaginando-a como um corpo de regras suficiente para decidir uma disputa, operando como alternativa de uma diferente lei nacional aplicável; c) e a terceira, considerando-a como complemento de uma lei nacional aplicável, vista como nada mais que uma gradual consolidação dos usos e determinadas expectativas do comércio internacional.¹⁸

4.2. FONTES DA NOVA LEX MERCATORIA

O comércio internacional conta com regras próprias e já definidas pelo costume internacional respectivo. Esse costume, quando atual, é o que se nomina nova *lex mercatoria*, que a comunidade internacional de empresas constituiu sobre quatro pilares principais: a) os usos e costumes profissionais; b) os contratos e as fórmulas-tipo; c) as regulamentações

¹⁷. Idem, p. 76-77. Strenger conceitua a *lex mercatoria* como “um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz”. Segundo a sua justificativa, esse entendimento parece “mais consentâneo com a realidade, pois o que possibilita o desenvolvimento da *lex mercatoria* é a liberdade de procedimentos, que existem para atender às necessidades do comércio internacional, as quais nascem de contingências operacionais e, sempre que possível, desvinculadas das ordens legais internas de cada país, mas que, pela sua própria natureza, têm eficácia jurídica. Realmente, o que importa efetivamente no exame da *lex mercatoria* é saber até que medida ela pode ser pensada como estrutura revestida de força jurídica, ou seja, quais os limites sancionadores de que se reveste para impor suas regras, porquanto, sem encontrar esse caráter heterônomo e coercitivo, não se terá em sua plenitude um novo sistema dotado de autonomia como se apregoa”. (Idem, p. 78-79).

¹⁸. Idem, p. 78.

profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas; e *d*) a jurisprudência arbitral.¹⁹ Vejamos, pois, uma a uma dessas fontes:

4.2.1. Usos e costumes profissionais internacionais

Primeiramente, é necessário diferenciar o *uso* do *costume*. O *uso* consiste na prática generalizada de atos, todos no mesmo sentido, mas sem a convicção de obrigatoriedade, que é característica fundamental do *costume*. Nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, os costumes constituem-se numa “prática geral aceita como sendo o direito”. O *Restatement of the Law* [Third (1987), § 102(2)] emprega, a esse respeito, uma definição mais sólida, ao assinalar que o “direito internacional costumeiro resulta de uma prática geral e consistente por parte dos Estados, seguida por eles como consequência de entendê-la como uma obrigação legal”.²⁰ É dizer, o costume internacional resulta da prática geral e consistente dos atores da sociedade internacional em reconhecer como válida e juridicamente exigível determinada obrigação. Tal característica não se faz presente no simples *uso*, que não conta com a crença de obrigatoriedade presente no costume internacional.

Relativamente ao costume *comercial* internacional, deve-se acentuar a necessária repetição dos mesmos *meios e procedimentos* por parte da generalidade dos atores do comércio internacional. Segundo o § 1º (303, alínea *c*) do *Uniform Commercial Code* (UCC): “A ‘usage of trade’ is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question”.

4.2.2. Os contratos e as fórmulas-tipo

Os contratos comerciais internacionais e as fórmulas-tipo contidas nesses instrumentos são a segunda grande fonte da moderna *lex mercatoria*. Não resta dúvida que a adoção dos contratos *standards* nas relações econômicas internacionais passa a ser cada vez mais imprescindível nas relações diárias de negócios, dada a enorme criatividade de seus contextos e a rica tipificação que sugerem, sem desconsiderar o aspecto espacial (geográfico) da aplicação dessas fórmulas-tipo no comércio internacional, uma vez que a aplicação de determinados

¹⁹. Idem, p. 21-22.

²⁰. V. § 102(2): “Customary international law results from a general and consistent practice of states followed by them from a sense of legal obligation”.

contratos a certos tipos de situações flui mais eficazmente em determinadas regiões geográficas.²¹

Os contratos comerciais internacionais são fruto do intercâmbio de vontades entre Estados e pessoas (*lato sensu*), cujas características são diametralmente opostas àqueles contratos circunscritos a um território certo, o que faz nascer a idéia de que o Direito do Comércio Internacional se assenta em pressupostos diversos daqueles conhecidos nos ordenamentos internos dos Estados. Essa criatividade do comércio internacional – e, particularmente, dos contratos comerciais internacionais – pode ser explicada pela própria formação consuetudinária da qual ele provém. Dentro desse contexto, os contratos internacionais passam a ser o motor (no sentido estrito) do comércio internacional e também (*lato sensu*) das relações internacionais pós-modernas. A experiência passa a demonstrar que a contratualística nacional não mais satisfaz as exigências da cena internacional e da *societas mercatorum*. A taxonomia dos contratos de direito interno, apesar de poderem identificar-se nominalisticamente, não guardam relação alguma com os contratos internacionais.²²

Outra constatação visível, que torna os contratos internacionais fontes da nova *lex mercatoria*, diz respeito ao fato de serem eles projeções *externa corporis* da sociedade mercantil internacional, a qual procura, cada vez mais, reger suas atividades por formulas pré-moldadas (*standards*) que escapam a um direito interno estatal (o qual, normalmente, não é apto para operar com a especificidade da atividade mercantil). Além disso, não é demais lembrar que as necessidades da economia moderna impõem, cada vez mais, aos atores do comércio internacional, o atendimento das exigências do consumo em massa, acarretando “a ampliação e o aprimoramento do mercado, gerando novas técnicas negociais, que se consubstanciam em normas integradas, em novos institutos jurídico-mercantis”.²³ Em outras palavras, os contratos internacionais são *mais aptos* a se adaptarem às novas mudanças da sociedade internacional que os instrumentos negociais conhecidos no direito interno.

José Maria Espinar Vicente identifica as seguintes características dos contratos internacionais: *a*) são contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais, entre empresas pertencentes a diferentes países; *b*) são contratos nos quais ao menos uma das partes desempenha papel preponderante no meio econômico internacional, no que concerne à matéria objeto do acordo; *c*) são contratos que – devido à concentração oligopolista dos bens e à atual estrutura do comércio mundial – não só afetam aos Estados diretamente conectados à operação que instrumentalizam, mas a todos os países que integram a área do

21. Cf. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 36.

22. *Idem*, p. 108-109.

23. *Idem*, p. 111.

mercado dos bens ou serviços aos quais se referem; *d*) são contratos que – em razão da organização transnacional dos poderes econômicos privados – colocam em jogo, direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas que se dedicam habitualmente ao setor de atividades em que se inclua a operação; e *e*) normalmente, a forma de tais contratos responde a caracteres peculiares, entre os quais se destacam *(i)* a homogeneidade de suas disposições, *(ii)* a existência de cláusulas de submissão, *(iii)* a arbitragem e *(iii)* o emprego de terminologia unificada.²⁴

As características apontadas por Espinar Vicente permitem verificar que os contratos internacionais – que o autor qualifica de “econômicos”, por ser quase impossível desvincular o escopo do comércio internacional com o aspecto econômico das transações que lhe dizem respeito – são necessariamente extraterritoriais, ainda que a nacionalidade das partes seja a mesma. O crescimento do comércio internacional tem colocado em relevo inúmeros tipos de contratos com essas exatas características, tais como os *turn key (clé en main)*, os contratos de transferência de tecnologia, os contratos de cooperação industrial, os contratos associativos, os de financiamento (como os de *euro-obligation* ou de *euro-crédit*) etc.²⁵

Em resumo, como leciona Irineu Strenger, os contratos internacionais são “fruto de uma multiplicidade de fatores envolvendo métodos e sistemas interdisciplinares, inspirados na economia, na política, no comércio exterior, nas ciências sociais, e, além disso, com muitos frutos colhidos nas relações internacionais de toda índole”.²⁶ É dizer, além de apresentarem uma especialidade própria – decorrente da profissionalização das atividades comerciais –, os contratos internacionais do comércio “são os únicos instrumentos de ação para o comércio internacional, sem vínculos com esquemas legais geograficamente circunscritos”.²⁷

Pode-se perquirir em que medida e em que extensão os contratos internacionais criam lei entre as partes ou, dito em outras palavras, até que ponto a eficácia contratual é determinante da titularidade do direito das partes.²⁸ A expressão *eficácia* deve ser entendida, aqui, como a *força executória* provinda do procedimento (forma) e do conteúdo (matéria) do contrato, correspondendo ao poder de titularidade de que se valem as partes para auferir seus direitos (territorial e extraterritorialmente). O maior problema dessa colocação, contudo, diz respeito à dificuldade que se tem de enquadrar os contratos internacionais aos esquemas do direito internacional privado, tendo a jurisprudência de vários países preferido aplicar a lei escolhida

24. V. VICENTE, José Maria Espinar. *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido económico*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1979, p. 25-29.

25. Cf. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 112-113.

26. Idem, p. 115.

27. Idem, p. 116.

28. Idem, p. 116-120.

pelas partes, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade. Segundo Henri Batiffol, no entanto, na maioria dos casos os juízes pretendem deduzir dos elementos da causa a vontade *implícita* das partes, que não tiveram nenhuma intenção nesse sentido, “e o resultado inevitável é a arbitrariedade do juiz, como testemunha a incrível diversidade de soluções que a jurisprudência apresenta: lei do lugar de conclusão do contrato, lei do lugar da execução, lei nacional das partes ou do devedor, lei do domicílio do devedor, lei da situação do objeto, enfim, não há domínio onde seja mais difícil prever a que ponto pode avançar a decisão do juiz, mesmo em casos aparentemente análogos àqueles já referidos”. E conclui – hoje esta tese não é absolutamente aceita, sobretudo no âmbito dos contratos internacionais – que esse resultado prático deplorável provém “de um erro de análise inicial, que torna o sistema injustificável racionalmente: não pertence às partes a escolha da lei que deve reger; uma lei se impõe de autoridade, não se escolhe; que uma certa autonomia seja desejável é até necessário, ninguém o duvida, mas que as partes sejam livres para escolher a lei que governará o conjunto de suas relações contratuais é, do ponto de partida, inconsistente, e explica a incerteza dos resultados”.²⁹

Todas essas observações são importantes no sentido de determinar em que medida e em que grau as partes contratantes no comércio internacional estarão seguras em suas relações recíprocas, notadamente no que tange aos resultados a serem alcançados pelo contrato. Os juristas – explica Strenger – têm se dedicado “a conquistar a unidade dos contratos, pela via das regras uniformes e pelo acolhimento e respeito do princípio da autonomia da vontade, cujo alargamento, ao contrário da expectativa de Batiffol, torna-se, em nossos dias, uma realidade impositiva em todos os contratos internacionais”.³⁰ Do ponto de vista pragmático, pode-se dizer que um contrato internacional do comércio, levado a efeito pelas regras previamente estabelecidas pela *societas mercatorum*, é um grande “plano de ação” no qual as partes envolvidas definem as metas e obrigações a serem levadas a efeito dentro de uma situação de fato. Trata-se da expressão de uma situação que deve evoluir, num crescendo obrigacional, rumo à asserção dos compromissos voluntariamente assumidos – e, excepcionalmente, em decorrência de causas involuntárias, das quais as partes não têm consciência. Daí dizer-se que a validade e eficácia dos contratos internacionais do comércio assentam-se na máxima *negotium constitutum sola voluntate* (a vontade é criadora do negócio jurídico).³¹

²⁹. BATIFFOL, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats: étude de droit international privé compare*. Paris: Sirey, 1938, p. 1 e ss.

³⁰. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 119.

³¹. *Idem*, p. 119.

4.2.3. Regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas

Cada ramo de atividade no comércio internacional conta com regulamentos próprios ditados pelas respectivas associações representativas. É usual que, em certo ramo de atividade, haja regulamentação específica pelas entidades de classe, normatizando as práticas e condutas de cada setor. Esses regulamentos, também, à sua maneira, pretendem escapar à atividade legiferante dos Estados quando cristalizam práticas constantemente adotadas no comércio internacional no âmbito de interesse daquela corporação. Na prática, tais regulamentações profissionais vencem as leis domésticas em termos de respeito e conhecimento de seu conteúdo, pois atingem diretamente cada profissão e seu núcleo duro de interesses. Daí a razão de serem adotadas pelas associações representativas de cada profissão, com a legitimidade necessária à representação de seus interesses, para além da atividade legiferante (regulamentadora) dos Estados.

4.2.4. A jurisprudência arbitral

Ao lado das fontes anteriores, merece destaque o papel da jurisprudência dos tribunais arbitrais, como *formadora de opinião* sobre a existência da nova *lex mercatoria*. Além de versar uma questão em específico, relativa a cada ramo de atividade, as decisões das câmaras arbitrais voltam-se à resolução participativa dos conflitos, induzindo o seu cumprimento longe da mão do Estado. Essa a razão pela qual as decisões arbitrais, em estatística, são numericamente mais efetivas que as advindas do Poder Judiciário estatal, notadamente à luz de sua maior praticidade e exequibilidade. As decisões das câmaras arbitrais formam a necessária “jurisprudência” aplicável às relações comerciais internacionais com aplicabilidade imediata e eficácia concreta no seio das empresas que litigam no comércio internacional, não só porque do julgamento arbitral participam árbitros escolhidos também pelas partes, senão ainda por inexistir no seio arbitral a infinidade de recursos existente no direito interno.

4.2.5. Outras (novas) fontes

Para além das fontes da nova *lex mercatoria* acima estudadas, pode-se dizer existirem ainda outras que, apesar de não sujeitas a uma taxinomia, são capazes de estimular novas regras que permeiam os contratos internacionais, a jurisprudência arbitral e os ordenamentos das

sociedades internacionais especializadas, dentre as quais merece destaque a Câmara de Comércio Internacional de Paris.³² Essas *outras fontes* da nova *lex mercatoria* surgem, na maioria das vezes, da criatividade que molda o comércio internacional hodierno, quando se é obrigado a criar regras de conduta aplicáveis a determinado ramo de atividade, sem respaldo nas legislações internas e menos ainda no seio da própria *lex mercatoria*.

A “publicidade” dessas outras novas regras ocorre quando os interessados em certo ramo de atividade comercial internacional dão-se por convencidos de que as informações prestadas pela comunidade internacional de mercadores consolidaram-se em critérios a serem obrigatoriamente observados entre eles. Ou seja, trata-se da situação em que um *conformismo geral* acaba ocorrendo, pelo entendimento de que aquela rede espontânea de comunicações acabou por se consolidar, transformando a nova realidade em resignação forçada com a mesma natureza das regras jurídicas obrigatórias.³³ Daí ter a Convenção das Nações Unidas sobre a Venda Internacional de Mercadorias estabelecido que “les parties sont liées par les usages auxquelles elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles” (art. 9º, § 1º).

O nascimento dessas outras novas fontes não é fácil de se visualizar, mesmo porque elas advêm de práticas normalmente (e, *a proiri*) isoladas, que paulatinamente vão ganhando corpo e se desenvolvendo até chegar em um estágio de aceitação geral, passando somente então a exercer certa pressão sobre a coletividade de mercadores de certo ramo de atividade comercial internacional.³⁴

4.3. CONTEÚDO DA NOVA LEX MERCATORIA

É também possível evocar as proposições evidenciadas por Antoine Kassis a respeito do conteúdo da nova *lex mercatoria* identificado com o direito do comércio internacional, quais sejam: a) a *lex mercatoria* é composta de regras costumeiras de direito material: tais regras se aplicam a uma relação que contenha um elemento de estraneidade sem passar pelo método tradicional do conflito de leis que caracteriza o direito internacional privado; trata-se de regras de direito espontâneo formado de usos profissionalmente codificados, de “montagens” jurídicas, de cláusulas contratuais e de conjuntos de contratos que disciplinam, de uma maneira constante e original, as relações jurídicas entre os sujeitos e as operações internacionais, das

³². Idem, p. 81-83.

³³. Idem, p. 82.

³⁴. Como arremata Strenger: “Assim se formam as normas do comércio internacional, diferentemente das normas estatais, tendo como origem todos os mecanismos que fazem parte do profissionalismo que caracteriza o intercâmbio mercantil, aperfeiçoado ou alterado pelas técnicas que resultam da cooperação interdisciplinar”. (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 83).

quais se pode questionar se a repetição não as eleva progressivamente à posição de instituições costumeiras; b) as regras costumeiras da *lex mercatoria* são usos e princípios: os usos são regras afetadas de certo particularismo inevitável, enquanto os princípios são regras mais gerais por seu conteúdo e mais universais pela sua esfera geográfica de aplicação; c) a *lex mercatoria* é composta por uma dualidade de fontes: as regras costumeiras do direito espontâneo e as regras criadas pela jurisprudência arbitral, além do que o conteúdo da *lex mercatoria* é alimentado em parte por regras criadas por sentenças arbitrais, o que faz da jurisprudência arbitral a segunda fonte desse direito anacional; d) a *lex mercatoria* é um sistema de direito, ainda que incompleto e não totalmente autônomo: a integração de uma sanção dentro de uma regra de direito não serve como definição desta enquanto regra; não é porque as regras da *lex mercatoria* são originadas em poderes que não são públicos que estão destituídas de autoridade, mesmo porque esta autoridade é reconhecida aos órgãos que as produzem pela própria comunidade que delas se beneficia, utilizando-as para formular seus contratos e disciplinar suas relações, além do que há sanções disciplinares aplicadas pelos agrupamentos e corporações respectivos, assim como outras sanções *sui generis*.³⁵

5. AUTONOMIA DA VONTADE E RESPEITO ÀS LEGISLAÇÕES INTERNAS

Atualmente, a *lex voluntatis* tornou-se um dos mais significativos elementos de conexão aplicáveis às relações comerciais internacionais, permitindo a escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato.³⁶ Certo é que a autonomia da vontade assumiu um caráter específico de regulamentação de seus próprios interesses e de suas próprias vontades, dentro das limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual com o bem comum.³⁷

Praticamente toda a força da autonomia da vontade está concentrada no contrato, que, sendo o método negocial mais utilizado em todo o mundo, passa a ser o campo mais abrangido por essa categoria, à medida que é no contrato em que as partes transigem e em que a relação negocial se estabelece de forma duradoura. O elemento *vontade*, no mundo contemporâneo, passa a cada vez mais ter relevância conceitual, notadamente em alguns institutos jurídicos próprios como a *venda*, a *locação*, a *sociedade* e o *mandato*. Tais institutos, desde as suas

³⁵. Cf. KASSIS, Antoine. *Theorie generale des usages du commerce: droit compare, contrats et arbitrage internationaux*, *lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 1984, p. 282-286. A síntese desses princípios é colocada por STRENGER, Irineu, in *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 37-39.

³⁶. Por tudo, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; PRADO, Gabriella Boger. L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil. *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 2, 2019, p. 427-456.

³⁷. Cf. STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: RT, 1968. 230p.

origens romanas, sempre tiveram suas disposições reguladas por disposições jurídicas gerais e uniformes (normas gerais e abstratas) e *também* pela vontade das partes, que viria a ser o segundo pilar estrutural dessa relação negocial. Em outras palavras, trata-se de institutos em que a vontade tem especial relevância jurídica, não obstante as regras de direito posto continuarem a reger os seus caminhos.

O fenômeno moderno mostra que aonde não existem esferas privadas de interesses inexistente autonomia da vontade. Em contrapartida, aonde se reconhece ao indivíduo o poder de gerir interesses particulares, a autonomia privada passa a constituir a pedra angular de toda relação jurídica, não sendo outra a razão pela qual o negócio jurídico – principal instrumento dessa autonomia – se coloca no centro do sistema de Direito Privado.³⁸

Se se levar em consideração todos os problemas pelos quais já passou o princípio da autonomia da vontade, perceber-se que a *lex voluntatis* ganhou enorme projeção a partir do estabelecimento da *lex mercatoria* como instrumento normatizador da atividade comercial internacional. Com efeito, a *lex mercatoria* passa a ter o seu maior sustentáculo a partir da instituição da autonomia da vontade, na medida em que esta se revela mais atuante e receptiva, não só pela doutrina e jurisprudência, como também pela legislação interna (direito positivo) de diversos Estados. Daí a constatação de que a autonomia da vontade consagrou-se como princípio objetivo de todo o direito do comércio internacional, pois facilita a consecução dos fins a que se destina esse ramo do Direito.³⁹

A Lei Modelo da UNCITRAL, no seu art. 28, expressamente estabeleceu que “o tribunal arbitral decide o litígio de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes para serem aplicadas ao fundo da causa”, certo de que “qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado Estado será considerada, salvo indicação expressa em contrário, como designando diretamente as regras jurídicas materiais deste Estado e não as suas regras de conflitos de leis”, complementando que “na falta de uma tal menção pelas partes, o tribunal arbitral adotará a lei designada pela regra de conflitos de leis que ele julgue aplicável na espécie”. Nesse exato sentido encontra-se o art. 13(3) do *Règlement de Conciliation et Arbitrage* da Câmara de Comércio Internacional de Paris: “Les parties sont libres de déterminer le droit que l’arbitrage devra appliquer au fond du litige. A défaut d’indication par les parties,

³⁸. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 90.

³⁹. Idem, p. 91. Como leciona Strenger: “Não há como negar que a ordem pública interna e internacional podem se constituir em obstáculo ao exercício da autonomia da vontade, mas, por outro lado, impõe-se considerar que as atividades concernentes ao comércio internacional são fortemente refratárias à ordem pública, pois foram as ordens estatais, com as suas restrições ou omissões, que alimentaram e fortaleceram o movimento separatista que caracteriza a *lex mercatoria*. O processo de isolamento do comércio internacional continua dominante, e se deve convir que começam a esboçar-se fortes tendências, nos direitos internos, em favor da liberação cada vez maior da vontade como fator institucional de realização do direito”. (Idem, p. 91).

du droit applicable, l'arbitrage appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce”.

A conclusão que se chega é a de que a autonomia da vontade é uma instituição jurídica permanente no direito do comércio internacional, aceita e reconhecida pela jurisprudência e doutrina internacionais, bem assim por tratados internacionais, que expressam a liberdade contratual como critério lícito e válido para a consecução das relações jurídicas empreendidas pelos atores do comércio internacional. Os obstáculos criados ao comércio internacional pelos sistemas nacionais, da mesma forma, passam a cada vez mais ceder diante da asserção do princípio da autonomia da vontade no mundo contemporâneo. Assim, pode-se dizer que o papel da *vontade* nas relações comerciais internacionais é atualmente embasado na *vontade coletiva* dos atores comerciais internacionais, convalidada como amálgama da nova *lex mercatoria*.

6. SEGURANÇA NO COMÉRCIO INTERNACIONAL E PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

A segurança no sistema comercial internacional, falando em termos estritos, dependeria cada vez mais da existência de um *sistema único* de regras capazes de submeter à sua vontade a sociedade internacional de mercadores. O intento seria, *de facto*, encontrar um modo de impedir que tais relações estejam completamente sujeitas à leis estatais divergentes, dificultando os intercâmbios comerciais internacionais.⁴⁰ Tal não significa contudo que falte à *lex mercatoria* uma base instrumental segura para que ela exerça o seu mister na seara internacional. Essa base instrumental advém tanto dos seus precedentes históricos quanto dos inúmeros contratos e fórmulas-tipo colocados à disposição da comunidade internacional de mercadores. São inúmeras as regras uniformes que regulam atualmente a atividade comercial internacional, dotadas de força universalizada e desvinculadas de qualquer procedimento legislativo interno. Trata-se de regras *impositivas* no sentido de serem obrigatórias para aqueles que pretendam enquadrar-se no jogo da vida comercial internacional pós-moderna. É dizer: aqueles que pretendam não se ver excluídos do jogo comercial internacional devem obrigatoriamente seguir as regras ditadas pelos usos uniformes que a prática da *societas mercatorum* lhes impõe.

Como se sabe, é unânime o entendimento de que a legislação interna dos países é incapaz de resolver unilateralmente os problemas do comércio internacional, sendo também indubitável que a nova *lex mercatoria* tem se tornado o caminho para a solução desse problema.

⁴⁰. Idem, p. 92.

Não se pode dizer que já exista uma efetiva *segurança* no comércio internacional. O que se pode dizer é que tal segurança está sendo construída pouco a pouco, já se visualizando um grande progresso no que tange aos mecanismos sedimentados pela experiência concreta e reiterada do intercâmbio internacional.⁴¹ Contudo, à medida que esta segurança evolui, é necessário que se pense também na evolução daqueles que são os destinatários finais dos produtos e serviços oferecidos pela sociedade internacional de mercadores: os consumidores.⁴² Em outras palavras, a segurança fornecida pela nova *lex mercatoria* à sociedade internacional de mercadores, bem como a autonomia da vontade dela decorrente, não pode passar ao largo da proteção dos consumidores e dos menos favorecidos em geral, que poderiam ficar ao completo desamparo jurídico. Estes que são, em última análise, os destinatários finais das atividades da *societas mercatorum*, devem estar amparados contra as arbitrariedades que o comércio lhes impõe. Assim, se é certo que a autonomia da vontade e o reconhecimento da arbitragem como jurisdição predominante na resolução de conflitos torna dispensável a colaboração dos Estados relativamente ao comércio internacional, não é menos certo que se deve proteger, ao máximo, os consumidores e os menos favorecidos em geral contra a selvagem economia de mercado atualmente existente.

7. NOVA LEX MERCATORIA COMO ORDEM JURÍDICA AUTÔNOMA NA VISÃO DE BERTHOLD GOLDMAN

Foi Berthold Goldman quem, cientificamente e pela primeira vez, pretendeu colocar à prova de uma experiência contemporânea alguns dos critérios pelos quais se pode pretender referir às fronteiras do direito. Segundo ele, esta experiência é a das normas originais do comércio internacional (*lex mercatoria*) que cobrem todo o conjunto das relações econômicas internacionais. Para Goldman, ai se englobam “as relações internacionais de troca nas quais participe pelo menos uma empresa privada (ou uma empresa pública que não faça uso das prerrogativas das quais ela está investida) – e a outra participante, podendo ser ou uma empresa da mesma natureza, ou uma pessoa jurídica de direito público, como uma organização internacional, ou mais praticamente um Estado ou uma coletividade pública subordinada (portanto, na hipótese frequente, e de grande interesse, dos investimentos nos países em via de

^{41.} Idem, p. 95.

^{42.} Em paralelo, cf. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Lex mercatória, exclusão social e direitos humanos*. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade (Liber Amicorum Cançado Trindade)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 313-328.

desenvolvimento)”.⁴³ O que pretendeu Goldman demonstrar é que cada dia mais essas relações parecem escapar à influência de um direito interno estatal, ou até mesmo de um direito uniforme integrado na legislação dos Estados que a ele aderiram, por serem regidas e governadas por normas de origem profissional ou regras costumeiras e princípios internacionais revelados notadamente pelas sentenças arbitrais.

Goldman, a esse respeito, questiona: “Essas ‘diretrizes de conduta’ são regras de direito e os comportamentos que elas determinam são jurídicos?”. Ele mesmo responde: “A questão vale a pena ser colocada, não somente em razão da amplitude e da importância das atividades que ela concerne, mas também por que ela faz claramente aparecer algumas das dificuldades específicas da separação entre o domínio do direito, e do que lhe é estranho. Por sua gênese e por seu mecanismo de implantação, estas ‘normas’ do comércio internacional poderiam, com efeito, não ser consideradas, num primeiro exame, senão como usos ou práticas espontâneas, isto é, como comportamentos para quem simples repetição em um meio profissionalmente caracterizado (e da mesma maneira limitado) não bastaria para conferir a dignidade de regras de direito, até mesmo de simples regras. Por outro lado, trata-se mesmo de regras, e podem ser consideradas como jurídicas, já que aqueles dentre os quais se ligam as relações que lhes obedecem não formam uma sociedade humana politicamente organizada em Estado, mas no máximo uma coletividade ela própria espontânea, bastante distendida, e escapando a todo quadro estatal?”.⁴⁴

Para a resposta do que pretende, Goldman *qualificará* o fenômeno em relação a vários critérios propostos para *definir* o direito, ou a “regra de direito”, dispensando uma escolha prévia que, à primeira vista, poderia parecer logicamente necessária. Nós seguiremos aqui a sequência de raciocínio de Goldman para que o leitor possa conhecer a sua tese e a coerência do seu pensamento.

7.1. OPERAÇÕES INTERNACIONAIS DE VENDA, CRÉDITO, TRANSPORTE E DE SOCIEDADES

Internacionais ou não, as trocas econômicas, nas palavras de Goldman, encontram seu principal molde contratual na *venda*; elas se acompanham de operações de *crédito*, e se traduzem materialmente pelo *transporte* de pessoas ou de bens; por pouco que eles sejam

⁴³. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria. Archives de Philosophie du Droit*, n.º 09, Paris: Sirey, 1964, p. 177. *Nota*: todas as citações no decorrer deste trabalho são tradução livre e original do Autor ao texto em francês de Berthold Goldman.

⁴⁴. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 177-178.

importantes, seus atores são *sociedades*, antes que pessoas físicas. É à vista dessas operações e desses “operadores” que Goldman verificou, primeiramente, o arranjo autônomo deles, quando eles são internacionais. Depois, o consagrado jurista lembrou “que os litígios que deles decorrem são muito frequentemente regulados de maneira igualmente específica, no quadro da arbitragem comercial: constatação importante, porque se é verdade que o direito ultrapassa largamente o contencioso, é igualmente seguro que um conjunto de modos de conduta humana não pode formar um sistema de direito, a menos que exista uma jurisdição apta a velar pela sua interpretação e observância”.⁴⁵

7.1.1. A venda comercial internacional

Segundo Goldman, apesar de se poder perfeitamente conceber que a *venda comercial internacional* dependa *sempre* da lei de um determinado Estado, designada por uma regra de conflito, em casos bastantes numerosos constata-se, igualmente, que no comércio internacional vendedores e compradores procuram muito frequentemente fugir da influência de leis internas estatais, submetendo o contrato às normas de uma outra origem, visto que as necessidades do comércio internacional não se ajustam, muitas vezes, às normas comerciais nacionais existentes nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados – mesmo aqueles industrializados –, bem como não encontram nos sistemas de direito internacional privado uma *certeza* de sua designação.⁴⁶

Por estes motivos é que, segundo ele, o século XX não viu nascer, mas *renascer* os usos profissionais comuns da venda internacional, tendo em vista que, em outras épocas, o comércio internacional havia seguido suas próprias normas, como, por exemplo, nas operações entre cidadãos e peregrinos, encontrando-se tais costumes provavelmente na origem dos contratos de boa-fé do direito romano, ou ao *jus mercatorum* e ao direito das feiras do fim da Idade Média e do início da época moderna.⁴⁷

Goldman começa o seu rol de exemplos lembrando os costumes comerciais internacionais nascidos com a *London Corn Trade Association*: “Mas para limitar-se ao nosso

⁴⁵. Idem, p. 178.

⁴⁶. Idem, p. 178-179. No mesmo sentido, assim leciona Irineu Strenger: “Teoricamente, essa reciprocidade entre *lex mercatoria* e sistemas internos pode ocorrer, mas são poucas as oportunidades em que tais circunstâncias se colocam como diretrizes a seguir, pois a dúvida primordial nessa questão é saber se as regras formuladas ou recebidas na esfera das relações internas são igualmente aplicáveis no domínio do comércio internacional. (...) Deflui dessa constatação que as regras de conflitos de leis não são absolutas para socorrer os problemas das relações do comércio internacional, e, quando se desenha essa incompatibilidade, as soluções são captadas das normas e usos prevaletentes no meio mercantil” (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 106-107).

⁴⁷. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 179.

tempo, nós lembraremos que a *London Corn Trade Association*, criada em 1877 e reorganizada em 1886 se propôs, entre outras, a ‘provocar a introdução no comércio de cereais da uniformidade nas transações, favorecer a adoção de usos fundados sobre princípios justos e equitativos, e isso mais particularmente para os contratos, cartas-partes, nota de despacho de mercadorias e políticas de segurança; estabelecer, provocar e encorajar a difusão e a adoção de fórmulas-tipo para os contratos, para os outros documentos pré-citados e em geral todos aqueles dos quais fazem uso o comércio de cereais’”. E continua: “Este programa foi totalmente realizado, uma vez que a *London Corn Trade Association* estabeleceu e colocou à disposição dos negociantes de cereais várias dezenas de contratos-tipo, cuja difusão e aplicação são consideráveis: nós os utilizamos, com efeito, em numerosíssimas vendas internacionais, independentemente de toda participação de empresas inglesas, e até mesmo de membros da Associação”.⁴⁸

Tais contratos-tipo foram amplamente divulgados também em outros domínios do comércio internacional, a exemplo do comércio de produtos agrícolas, florestais, minerários, petrolíferos, siderúrgicos, têxteis e de bens e equipamentos. São eles emanados “de associações profissionais ou de agrupamentos de empresas mais estreitamente integradas, até mesmo isoladas, mas poderosas; e nas últimas épocas, vários foram elaborados, sob a égide da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, essencialmente para servir de quadro às relações comerciais entre o Leste e o Oeste”.⁴⁹ As atividades dessas associações profissionais, que existem em número grande, praticamente abrangendo todo comércio internacional, em função dos setores especializados, “são sempre orientadas de molde a criar facilidades e ajustamentos que permitam aos seus membros desempenho atualizado e equivalente ao quanto for necessário para o alcance dos principais objetivos comuns”, podendo-se acrescentar que “os documentos elaborados pelas associações profissionais assimilam normas editadas por inúmeras organizações particulares, como a Câmara de Comércio Internacional e outras, incluindo-as em seu repertório técnico de modo a dar, ainda, maior extensão e abrangência às disposições que regem o setor comercial concernente”.⁵⁰

Segundo Goldman, tais fatos comprovam, portanto, a existência “de uma rede densa e extensa de documentos, cobrindo a maioria dos países com um bom número de bens trocados no comércio internacional; e a considerar o fenômeno sem idéia pré-concebida, constatamos que os contratos aí referidos não são regidos nem pela lei de um Estado, nem por uma lei uniforme adotada por uma Convenção entre Estados, mas sim pelos próprios contratos-tipo”.

⁴⁸. Idem, p. 179.

⁴⁹. Idem, ibidem.

⁵⁰. Idem, p. 63-64.

Segundo ele: “É preciso ainda sublinhar que estes [contratos] não se limitam a codificar usos preexistentes: eles consagram também normas novas, diferentes daquelas dos direitos estatais tradicionais, algumas vezes inspirados, é verdade, pelo interesse dos parceiros mais poderosos, mas em outros casos também pelo interesse comum dos contratantes”.⁵¹

O valor significativo de tais exemplos poderia, segundo o citado internacionalista, ser contestado à primeira vista, porque será possível dizer que as partes, neste caso, no que tange aos contratos-tipo, estão fazendo uso simplesmente da liberdade contratual que lhes reconhecem os sistemas jurídicos dos seus respectivos Estados. Os contratos concluídos por tais partes tornar-se-iam, então, “normas individuais” para cada uma delas – concepção kelseniana – sem se integrar às respectivas ordens jurídicas nacionais, mais precisamente nas normas de direito internacional privado que designam a regra de conflito a ser aplicada.⁵²

Uma postura análoga é encontrada nos comentários de Paul Lagarde a esse respeito. O professor da Universidade de Paris I acredita que o contrato celebrado entre os comerciantes é o modo de se inserir, na ordem jurídica estatal, toda ou parte dessa ordem não estatal.⁵³ Mas nem por isso o juiz estatal, segundo ele, poderia aplicar as regras da *lex mercatoria* sem o intermédio da vontade das partes.⁵⁴

Goldman, rebatendo a colocação daqueles que entendem que as partes, neste caso, fazem uso simplesmente da liberdade contratual que lhes reconhecem os sistemas jurídicos dos seus respectivos Estados, que poderia, à primeira vista, parecer correta, assim leciona: “Mas na verdade, semelhante objeção ultrapassa o domínio da descrição do fenômeno, para contestar, a

⁵¹. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 179-180. Vale aqui ser colocada a lição de Irineu Strenger, para quem: “Não se pode dizer que a autonomia da *lex mercatoria* seja justificável em razão da origem não estatal dos usos do comércio internacional. Nenhum uso tem origem estatal; todos os usos se formam e se desenvolvem fora e além da autoridade do direito estatal. O direito nacional abrange tudo o que se forma dentro de um Estado em termos de normatização; o direito estatal é limitado àquilo que o poder público legisla e/ou reconhece como cogente. O que não impede que os usos tenham origem nacional, e, portanto, não justifica suposta diferença de origem dos usos do comércio internacional. O que conta não é a origem de um costume, mas sua aceitação e aplicabilidade, sua efetividade como regra costumeira entre os nacionais de um país, que o invocarão perante seus tribunais, ou seus juízos arbitrais”. (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 30).

⁵². Cf. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 180.

⁵³. Frise-se que alguns ordenamentos jurídicos têm tentado regulamentar (internamente) as relações do comércio internacional, tal como ocorreu com o *Código para o Comércio Internacional* da então Tchecoslováquia (Lei de 4 de dezembro de 1963), cujo art. 1º, da tradução francesa, assim estabelece: “Le but de la présente loi est de régler, d’une manière intégrale et sur la base du principe de l’égalité complète des droits et de l’inadmissibilité de toute discrimination de l’un quelconque des participants au commerce international, les rapports patrimoniaux dans le domaine des relations économiques de la République Socialiste Tchécoslovaque avec tous les pays sans égard aux différences de leurs systèmes sociaux et politiques et de contribuer de ce fait à la consolidation de la coexistence pacifique et de l’amitié entre les nations”.

⁵⁴. Cf. LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria. Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechniques, 1982, p. 140-145. Nota: todas as citações a este texto de Paul Lagarde são tradução livre e original do Autor ao respectivo texto em francês.

não ser que ele possa ser qualificado como um conjunto de normas jurídicas “individuais”, pelo menos a especificidade dessa qualificação. Nós a encontraremos, sob este ângulo. Limitemo-nos aqui a dizer que a visão que ela exprime não presta contas do arranjo *concreto* do comércio internacional; é certo, com efeito, que quando eles se referem aos contratos-tipo seus “atores” decidem regular – e em todos os casos não-contenciosos, regulam efetivamente – sua conduta segundo normas outras que as leis estatais. Não é seguro, nós o veremos, que esta decisão somente possa receber eficácia da liberdade contratual sobre a qual convergem um certo número de direitos estatais; mas seria ela mesmo assim, ainda que não se pudesse, entretanto, negar que as normas concretas escolhidas no exercício dessa liberdade fossem diferentes por sua origem, e frequentemente também por seu conteúdo, daquelas que as partes expressamente, ou melhor, tacitamente, extraíram de um direito estatal, se elas aí fossem citadas”. Goldman finaliza o seu raciocínio, dizendo: “Acrescentemos que, do ponto de vista descritivo, que é por enquanto o nosso, não é mais possível considerar tais normas como ‘individuais’. Se referindo a isso, os contraentes não têm, com efeito, nem a intenção, nem o sentimento de criar vínculos jurídicos singulares, mas sim de submeter uma operação particular e concreta a regras gerais e abstratas. Isto é tanto mais verdade que para a própria interpretação dos termos empregados, os contratos-tipo em uso no Leste como no Oeste se referem frequentemente aos *Incoterms* (Internacional Commercial Terms) da Câmara de Comercio Internacional [de Paris]. Este documento, que não é, aliás, sobre todos os pontos, um simples ‘glossário’, fornece, assim, aos quadros gerais, que já são os contratos-tipo, um quadro mais geral ainda, submetendo-os a um método uniforme de interpretação.^[55] É necessário, então, admitir que, na realidade, as operações do comércio internacional que se desenrolam nesses quadros, por assim dizer concêntricos, escapam largamente às leis estatais, sem prejudicar aqui o caráter jurídico ou não das normas ou dos ‘modos de conduta’ que se substituem a elas”.⁵⁶

Exemplificado o seu raciocínio com a *venda comercial internacional*, passa Goldman a tratar das *operações internacionais de crédito*, e o faz da maneira abaixo exposta.

^{55.} Além dos *Incoterms* podem ser citadas as *Regras e Usos Uniformes Relativos a Créditos Documentários e Regras Uniformes para Garantias de Contratos*, também emanados da Câmara de Comércio Internacional de Paris, os quais “atraíram atenção universal, existindo inúmeros outros trabalhos em andamento, com vários escopos, para atender diferentes questões que envolvem o comércio internacional. (...) Formulação análoga, que também está sendo largamente adotada na prática, são as *York-Antwerp Rules on the Adjustment of General Average* (1974), patrocinadas pela *International Law Association (ILA)*. Outra ordenação de grande aceitação geral é a Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL, pois estabelece, em suas disposições, meios facilmente compreensíveis e que podem efetivamente atender aos casos sujeitos a procedimentos arbitrais, particularmente as arbitragens *ad hoc*”. (STRENGER, Irineu, in *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 40).

^{56.} GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 180-181.

7.1.2. Operações internacionais de crédito

O fenômeno acima descrito pode ser constatado, da mesma forma, nas operações internacionais de crédito, em especial quando elas assumem a forma de *crédito documentário*. Trata-se, aqui, de um mecanismo “triangular” em que o importador encarrega o banqueiro de pagar o preço ao exportador, com a apresentação por parte deste, dos documentos constatando o embarque da mercadoria. O esquema é completado, frequentemente, com a confirmação do crédito por parte do banqueiro, imprimindo um caráter abstrato com a obrigação deste para com o beneficiário.⁵⁷

Goldman, a esse respeito, leciona: “Ora, em muitos países, dentre os quais a França, esta instituição complexa, e de uma técnica particularmente ‘refinada’, não é objeto de nenhum texto legislativo, e sua originalidade não permite resolver as dificuldades que ela pode fazer surgir por aplicação analógica de disposições não a concernindo diretamente. Em compensação, uma codificação internacional das normas geralmente seguidas nessa matéria foi elaborada em 1933, ainda sob os auspícios da Câmara de Comercio Internacional [de Paris]: são as ‘Regras e Usos uniformes relativos ao crédito documentário’, refeitas em Lisboa, em 1951 e revisada em 1962. De origem puramente profissional, essas regras não são geralmente muito menos observadas pelos banqueiros, e os próprios tribunais se referem a elas, notadamente na França: elas fornecem, assim, concretamente, as normas da operação de crédito, e a seu sujeito ainda podemos nos perguntar se elas não são normas *jurídicas*, se bem que elas não tenham tomado corpo nem nas leis internas dos Estados, nem em suas Convenções internacionais”.⁵⁸

Assim, pode-se dizer que as operações internacionais de crédito constituem igualmente outro campo bastante fértil em que se desenvolvem as peculiaridades do comércio internacional, e que, “a despeito das distinções impostas pelo comércio exterior, disciplinado pelos diferentes países, se mostram com fortes tendências autonomistas, bem como, inequivocamente, atestam os mecanismos largamente utilizados sob a forma de créditos documentários e outros instrumentos financeiros”.⁵⁹ Tais regras, como se denota, são usualmente aplicadas em se tratando das referidas operações, o que demonstra a existência de usos e costumes profissionais que escapam à legislação doméstica dos Estados.

É no direito bancário internacional (em que prevalece a autonomia da vontade) que a técnica das operações de crédito tem lugar de destaque. O crédito documentário tem por finalidade evitar a desconfiança no cenário bancário internacional, naturalmente existente, por

⁵⁷. Idem, p. 181.

⁵⁸. Idem, ibidem.

⁵⁹. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 64.

meio da instituição de medidas jurídicas sofisticadas.⁶⁰ Tanto o crédito documentário como as garantias à primeira solicitação, bem como os créditos compradores, são verdadeiros conjuntos contratuais, cujos elementos compõem um todo harmônico no plano internacional.

A obra-prima da técnica bancária internacional – o *crédito documentário* – funciona da seguinte maneira, como explica Irineu Strenger: “O comprador deseja receber a mercadoria que encomendou, o vendedor, por seu turno, deseja receber o preço. Um e outro preferem uma perfeita concomitância entre a liberação da mercadoria e a recepção do preço. Isto raramente é possível. O crédito documentário realiza, por intervenção do sistema bancário de um ou diversos países em compromisso aceitável para cada um e adaptável às principais situações, graças às diversas modalidades possíveis (revogável, à vista, a pagamento diferido, etc.). Ele implica que o comprador aceite confiar em documentos, que escolhera como devendo refletir o mais exatamente possível a execução do contrato comercial e que o vendedor se desvincule da mercadoria, antes do pagamento, mas contra promessa bancária condicionada essencialmente pela remessa de documentos”.⁶¹

O interessante é que nenhum ordenamento interno da quase totalidade dos países organizou regras específicas relativamente ao crédito documentário. Foi a *prática* – ou seja, o uso e, posteriormente, o costume internacional – que organizou e precisou tais regras, forjando esse instrumento jurídico, elaborado sob os auspícios da Câmara de Comércio Internacional (CCI) de Paris, cuja atuação foi importantíssima no sentido de fixar e fazer desenvolver as *Règles et Usages Uniformes Relatives aux Crédits Documentaires*. Em 17 de abril de 1975, é importante dizer, a *UNCITRAL* adotou, por unanimidade, decisão recomendando a utilização do crédito documentário, o que levou a considerá-lo como exemplo-tipo da *lex mercatoria*, descartando por completo a determinação do direito aplicável segundo as regras de conflito de leis.⁶²

O terceiro exemplo referido por Goldman diz respeito aos *transportes internacionais*, nos termos do tópico seguinte.

^{60.} Sobre o crédito documentário, v. a importante obra de COSTA, Ligia Maura. *O crédito documentário e as novas regras e usos uniformes da Câmara de Comércio Internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

^{61.} STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 64-65.

^{62.} Idem, p. 65-66.

7.1.3. Os transportes internacionais

Os *transportes internacionais*, do mesmo modo, formam também o objeto de um complexo de normas profissionais geralmente muito aplicadas. Já se falou das cartas-partes e dos conhecimentos-tipo da *London Corn Trade Association*; no domínio do transporte marítimo, a prática inglesa – leciona Goldman – propõe outras normas, correntemente empregadas entre os contraentes dos quais nenhum é inglês, e não têm sequer algum vínculo com a Inglaterra.⁶³ O transporte se caracteriza na prestação de serviços destinados a transferir mercadorias do lugar onde são produzidas para aquele onde são destinadas, observando-se evidente função de utilidade. Como observa Irineu Strenger, “a topografia, a distância, a celeridade, a natureza e o preço das mercadorias e outras não menos importantes exigências impõem a escolha entre diversos tipos de expedição classificados nos transportes terrestres, fluviais, marítimos e aéreos, cada modalidade refletindo necessidades e práticas distintas que também se regem por documentos de uso uniforme, sem vinculação com o direito estatal, a não ser por adoção nacional de critérios ou métodos influenciados ou até mesmo impostos pelas necessidades do comércio internacional”.⁶⁴

O mesmo ocorre com o transporte aéreo internacional, que é regulado pelos contratos-tipo da *International Air Transport Association (IATA)*, utilizado pela quase totalidade das companhias aéreas. Como leciona Goldman: “A generalidade de sua aplicação torna aqui difícil a distinção entre estes contratos-tipo e os usos codificados encontrados em matéria de crédito documentário; mas, seja como for, para uns e para outros, como para os contratos-tipo utilizados na venda internacional, não basta dizer que a liberdade contratual, princípio de direito interno, permite se referir a isso para lhes recusar toda especificidade”.⁶⁵

Outro tipo de transporte internacional em que a *lex mercatoria* se manifesta é o marítimo, sendo variadas as cláusulas contratuais internacionais que interferem nesta atividade, sendo as mais frequentes: *a)* a de quantidade de carga; *b)* a do porto de carga e descarga; *c)* a de estadias; *d)* a de prêmio de aceleração; *e)* a de *não pesar*; *f)* a de tiragem; *g)* a de comissão de recomendação; e *h)* a de corretagem. Todas essas cláusulas e outras não mencionadas – explica Strenger – “constituem exemplos de uma tipificação que nasceu da criatividade dos comerciantes que operam nessa área; não constam de legislações internas, mas estão perfeitamente assimiladas pela jurisprudência de tribunais comuns e especiais”.⁶⁶

^{63.} GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 181.

^{64.} STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 66.

^{65.} GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 182.

^{66.} STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 66.

Pode-se terminar essa escolha de exemplos citando aquele de algumas *sociedades internacionais* cuja estrutura e funcionamento são, de certa forma, completamente subtraídos tanto do direito interno estatal como do próprio direito internacional público.

7.1.4. Estrutura e funcionamento das sociedades internacionais

As sociedades internacionais ligadas ao comércio “ou nele atuando com estrutura e funcionamento independentes da lei estatal não só formam grande elenco, como também dão a medida da extensão e profundidade dos mecanismos de sustentação da atividade mercantil”.⁶⁷ Contudo, ao tratar do funcionamento de tais sociedades, deve-se observar, de início, que não se trata de estudar aquelas cujo funcionamento escapa realmente a *todo* o direito interno estatal, mas que buscam o conjunto de regras que as governam nos tratados internacionais que as instituíram, porque, neste caso, “o caráter jurídico de seu estatuto somente poderia então ser controverso com o do direito internacional público no seu conjunto, que permanece fora desse nosso propósito”.⁶⁸

Goldman, aqui, irá partir da análise daquelas sociedades que, embora criadas por tratados internacionais constitutivos, são reguladas pelos seus estatutos e, subsidiariamente, pelas leis do país de sua sede social. Para Goldman, os estatutos são, “efetivamente, nesse caso, obra de empresas associadas, distintas dos Estados dos quais elas se libertam; quanto à lei de referência subsidiária, ela somente permanece estatal em aparência, porque ela é ‘cristalizada’ em seu estado no dia da constituição da sociedade, e suas modificações ulteriores não podem ser impostas a esta. Ela é assim conduzida por uma coletânea de normas supletivas de natureza mais próxima dos estatutos de uma sociedade, que do ato legislativo de um Estado soberano”.⁶⁹

Mais característico ainda, segundo ele, é o caso daquelas sociedades que, criadas ou não por convenções internacionais, referem-se deliberadamente aos “princípios comuns” de várias legislações, até mesmo a fontes ainda indeterminadas, para preencher eventuais lacunas de seus

^{67.} Idem, p. 67.

^{68.} GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 182. Daí a lição de Strenger, para quem: “Essas entidades podem ser consideradas sob dois focos: 1º) aquelas sociedades que se criam em função de tratados, operando comercialmente sob diferentes formas, geralmente consorciadas, mas que se regem predominantemente pelos próprios estatutos, sem outro referencial; 2º) as sociedades que se constituem oriundas de grupamentos de empresas para cumprir objetivos comuns em forma de cooperação. Os acordos de cooperação que se desenvolvem em todos os domínios materializam-se por contratos extremamente minuciosos e analíticos, ou resultam de uma simples troca de correspondência; mas é de salientar, como apontam Mercadal e Janin, que ‘a cette diversité d’accords, à ce foisonnement de clauses souvent originales, ne correspond aucun regime juridique spécifique. Les contrats de cooperation inter-entreprises sont, pour la plupart, des contrats innommés à construire de toutes pièces’”. (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 67).

^{69.} GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 182.

estatutos. Foi o que aconteceu com a União Carbonífera Sarro-Lorraine (Saalor), sociedade franco-alemã regida, nos termos do artigo 1º de seus estatutos, pelo Tratado franco-alemão de 27 de outubro de 1956, “pelos presentes estatutos e pelos *princípios comuns do direito francês e do direito alemão*”. Segundo Goldman, na ausência de disposições dos tais textos e de tais princípios comuns, o tratado levaria em consideração “para a interpretação dos estatutos e para a solução das questões não reguladas por estes, o *espírito de cooperação* que inspirou a transformação da sociedade em sociedade franco-alemã”. Da mesma forma, os estatutos da sociedade *Air Afrique* dispõem que esta será regida pelo tratado que a criou, pelos próprios estatutos, e “a título subsidiário, e somente na medida em que eles sejam compatíveis com as disposições do tratado e dos estatutos, pelos *princípios comuns da legislação dos Estados signatários do tratado*”.⁷⁰

Lembra Goldman, enfim, o exemplo do *Scandinavian Airlines System*, um consórcio criado por uma convenção entre companhias de transporte aéreo, não vinculado a nenhuma lei nacional: as cláusulas de seu contrato constitutivo são pouco numerosas, e não se vê quase nada para completá-las senão os *princípios comuns* às três legislações escandinavas, e mais geralmente, talvez, o direito comum das sociedades internacionais, se se admite a existência delas.⁷¹ Aqui, no entanto, questiona-se: quem descobrirá tais “princípios comuns”? Segundo Goldman, a questão aparece, para as sociedades, porque os seus estatutos a eles apelam expressa ou implicitamente, mas a questão se põe, na realidade, também para os contratos do comércio internacional, na medida em que pode ser necessário completar ou interpretar as normas dos contratos-tipo ou das “Regras e Costumes”, em que se recusa buscar respostas em um sistema jurídico estatal cujas partes pretenderam se separar.⁷²

A resposta definitiva à indagação competirá ao juiz do contrato, ou da estrutura e do funcionamento da sociedade, “porque se ele não for pego de surpresa, a lacuna das ‘normas específicas’ terá sido facilmente preenchida, ou a dificuldade de interpretação resolvida sem o recurso de um aparelho de aspecto jurídico”. Este juiz é, para os contratos de sociedades que nos ocupam, quase sempre um tribunal arbitral, daí advindo o vínculo estreito entre a *Lex Mercatoria* e a arbitragem. Será, portanto, a arbitragem comercial internacional que irá descrever e qualificar o fenômeno, dando a resposta que se pretende encontrar. A parte vencida que desrespeita o laudo arbitral passa a não mais contar com credibilidade internacional e será esquecida pelos demais atores do comércio internacional.

⁷⁰. Idem, p. 182-183.

⁷¹. Idem, p. 183.

⁷². Idem, p. 183.

Em resumo, segundo Goldman, as operações internacionais de *venda*, *crédito*, *transporte* e de *sociedades* já bastam para indicar a existência real de uma nova *lex mercatoria* a reger a sociedade internacional dos comerciantes, independentemente da intervenção dos legisladores nacionais.⁷³

7.2. ARBITRAGEM INTERNACIONAL E RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

São os *árbitros* – institucionais (isto é, designados para o quadro dos grandes organismos de arbitragem, a exemplo da Corte de Arbitragem da CCI, da American Arbitration Association etc.) ou *ad hoc* – os agentes comumente encarregados de resolver os litígios advindos do comércio internacional. Para tal, utilizam-se, *prima facie*, das normas previstas pelo próprio contrato ou relativas à sociedade em causa (como seus estatutos etc.). Ademais, o regime arbitral é o que melhor se adapta à experiência concreta do comércio internacional, sendo certo que os textos de suas decisões são os que melhor exprimem e traduzem as regras da nova *lex mercatoria*. Daí se dizer que os árbitros internacionais têm poderes criativos maiores que os dos juízes em geral, sempre presos às leis dos Estados e menos dinâmicos que os árbitros internacionais. De fato, a experiência tem atestado que os árbitros não têm procurado respostas para os casos concretos submetidos à sua apreciação em normas estatais ou em tratados internacionais, senão nos usos e costumes comerciais internacionais, isto é, na *lex mercatoria*, devendo-se perquirir se tais julgadores apenas a *constatam* ou se, ao contrário, a *elaboram*, posto que estas duas diligências estão – segundo Goldman – intimamente mescladas toda vez que um juiz exerce uma tal atividade.⁷⁴

A esse respeito assim leciona Berthold Goldman: “Algumas decisões arbitrais, publicadas ou analisadas, ilustram esta tendência. Assim, na sentença relativa ao caso entre *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd.* e o *Cheik d’Abu Dhabi*, Lord Asquith of Bishopstone, constatando que a lei d’Abu Dhabi, teoricamente competente para reger o

⁷³. Como destaca Irineu Strenger: “A intervenção dos legisladores nacionais para regulamentar as relações do comércio internacional não conduz forçosamente a nenhuma solução aceitável. Deduz-se daí que o Direito nacional não tem força impositiva para governar as relações jurídicas de caráter internacional. René Davis nos ensina que a prática comercial pode inserir-se no sistema de regulamentação de um direito nacional dado, tirando partido da autonomia que esse direito consente aos que contratam, mas, pode, também, provando sua independência, procurar amparar-se em um sistema de direito internacional autônomo, fundado nos princípios gerais do direito ou em qualquer fórmula equivalente, deixando de lado todo direito nacional particular. Todas essas peculiaridades, na sua abrangência mais ampla, foram sintetizadas na expressão *lex mercatoria*, que melhor articula conceitualmente o verdadeiro sentido do comércio internacional”. (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 29).

⁷⁴. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 183.

contrato litigioso, não continha um ‘corpo estabelecido de princípios jurídicos utilizáveis para a interpretação de instrumentos comerciais modernos’, decidiu, em relação igualmente à vontade das partes, que é conveniente aplicar, neste caso, os ‘princípios buscados no bom senso e na prática comum do conjunto das nações civilizadas, uma espécie de *‘modern law of nature’*. Este apelo a um ‘direito comum das nações’ ou, pelo menos, a elaboração e a aplicação de princípios próprios ao comércio internacional, encontram-se também na sentença do MM. Ripert et Panchaud, de 2 de julho de 1956, que decidiu que a garantia contra a depreciação monetária deve ser *presumida* num contrato internacional. Da mesma forma, em uma sentença não publicada, relativa a um litígio entre uma organização internacional e uma sociedade comercial, o árbitro considerou a presunção de que o signatário de um contrato tomou conhecimento das condições gerais às quais aí é feita referência, e por outro lado, a sanção do abuso de direito, como regras costumeiras internacionais. Os ‘princípios gerais do direito’ e os ‘usos seguidos na indústria petroleira’ foram, de maneira semelhante, invocados na sentença prolatada pelos juízes MM. Sauser-Hall, Hassan e Saba Habachi, em 23 de agosto de 1958, para resolver o litígio entre Aramco e o governo da Arábia Saudita”.⁷⁵ E o mesmo Goldman concluiu: “Os exemplos poderiam ser multiplicados, tirados notadamente das sentenças prolatadas sob a égide de uma importante instituição de arbitragem, e que testemunham a busca constante dos árbitros, do outro lado do conflito, entre as leis estatais, de um direito ‘transnacional’, receptáculo dos princípios comuns aos direitos nacionais, mas amalgama também das regras específicas tiradas do comércio internacional. Lembramos, enfim, que o lugar que deve ser cedido, pelo regulamento dos litígios nesse domínio, aos ‘usos do comércio’ foi igualmente marcado – embora bastante timidamente – pela Convenção Européia sobre a Arbitragem Comercial Internacional, assinada em Genebra aos 21 de abril de 1961”.⁷⁶

A última constatação que faz Goldman é que os contraentes não deixam frequentemente de convidar os árbitros para julgarem seus litígios, recusando-se a escolher uma lei estatal para reger as suas relações, até mesmo declarando expressamente que não pretendem referir-se a tais leis, e esclarece que “a despeito de uma confusão tenaz, isto não significa que nos seus espíritos os contraentes querem concluir um ‘contrato sem lei’, nem mesmo que o contrato, considerado como um conjunto de ‘normas individuais’, deva inteiramente bastar-se a si mesmo; eles sentem, ao contrário, embora confusamente, a necessidade de colocá-lo no quadro das normas

⁷⁵. Idem, p. 183-184.

⁷⁶. Idem, p. 184.

gerais, mas pensam também que essas normas podem ser encontradas no direito profissional, nos usos ou nos princípios gerais [de direito] ultrapassando as fronteiras nacionais”.⁷⁷

A arbitragem, é, assim, um dos instrumentos fundamentais da nova *lex mercatoria*, e não pode deixar de ser levada em consideração quando se trata de analisar a ordem mercatória sob a ótica do sistema jurídico.⁷⁸ Pode-se dizer que a atuação da arbitragem comercial internacional *confirma* a existência desse conjunto de regras desvinculado do Direito interno estatal chamado *lex mercatoria*. A arbitragem comercial internacional é a *força motriz* dessa *New Law Merchant*, à medida que se constitui no mecanismo adequado de aplicação, no plano internacional, dos usos e costumes comerciais internacionais (contratos-tipo, fórmulas-padrão etc.). A jurisprudência arbitral, além de integrar o *conteúdo* da nova *lex mercatoria*, demonstra a sua existência no plano internacional e, de certa maneira, *positiva* em laudos arbitrais os seus preceitos unanimemente aceitos.⁷⁹ Tal fato é prova de que as ordens internas estatais são evitáveis pela quase totalidade da comunidade internacional de mercadores, pois os comerciantes internacionais escolhem a arbitragem como meio idôneo que os habilita a resolver seus problemas, uma vez que, nessa esfera, cessam os imperativos da *lex fori*, permitindo aos árbitros uma maior margem de manobra na conclusão do caso concreto (litúgio comercial internacional) envolvendo os membros desse grupo.

A efetividade da decisão arbitral não repousa na força do Estado, mas na da corporação em que integram as partes litigantes. O vencido que não acatar os mandamentos do laudo arbitral, de tal corporação será automaticamente excluído, ante a falta de credibilidade e de confiabilidade que passará a caracterizá-lo perante os demais atores do comércio internacional.⁸⁰ O *seal of approval* de determinado mercador dependerá de sua conduta e de seu comportamento frente às decisões tomadas no âmbito arbitral, conforme as “regras do jogo” do comércio internacional atual.

⁷⁷. Idem, p. 184-185. Nas palavras de José Carlos de Magalhães: “A *lex mercatoria* não compete com a lei do Estado, nem constitui um direito supranacional que derroga o direito nacional, mas é um direito adotado, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou outra forma de resolução de controvérsias, *ad latere* do sistema estatal. Este o sentido e a amplitude da chamada *lex mercatoria*. Mesmo porque, como notou Christoph W. O. Stoecker, os tribunais nacionais não a aceitam como corpo de lei alternativa a ser aplicado em um litúgio. Acatando-a, estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercadores em constantes mudanças. Na verdade, a aplicação da *lex mercatoria* por juízes nacionais não é compatível com a própria concepção da *lex mercatoria*, lastreada no caráter corporativo da comunidade de profissionais ou dos operadores do comércio internacional. Daí o vínculo estreito entre a *lex mercatoria* e a arbitragem” (*Lex Mercatoria...*, cit., p. 43).

⁷⁸. Cf. KAHN, Philippe. Droit international économique, droit du développement, *lex mercatória...*, cit., p. 106.

⁷⁹. Cf. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 71.

⁸⁰. Cf. MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex Mercatoria...*, cit., p. 43. Vide ainda, KAHN, Philippe, Droit international économique, droit du développement, *lex mercatória...*, cit., p. 102-103.

Entretanto, nem a constatação material da existência de uma nova *lex mercatoria*, nem a constatação psicológica da referência que a ela é feita, bastaram a Goldman para conferir a essas normas costumeiras do comércio internacional o caráter de *regras de direito*, razão pela qual pretendeu verificar se a nova *lex mercatoria* é merecedora ou não desta qualificação. Esta é a parte mais interessante do estudo de Goldman, que se vai explicar no tópico seguinte.

7.3. OS VÁRIOS MÉTODOS DE CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO E A LEX MERCATORIA

Na segunda parte de seu estudo, Goldman pretende demonstrar os diversos métodos que podem ser empregados para caracterizar o *Direito*. É dizer, sua proposta visa verificar quais os critérios determinadores das condutas humanas que constituem *regras* (isto é, aquelas que não são seguidas de maneira unicamente espontânea, mas sim obrigatória) e, além disso, o que as qualifica como *jurídicas*. Para Goldman, pode-se definir a regra de direito por seu *domínio* ou por seu *objetivo* – o que vem a ser, de uma ou outra maneira, a incorporação à sua *substância*; mas pode-se também qualificá-la por meio de critérios *formais* – buscados na sua origem, no seu alcance e na sua utilização. É sob este duplo esclarecimento que o jurista coloca, alternadamente, a experiência descrita anteriormente para indagar se ela depende ou não do direito.⁸¹

A questão crucial de determinar se a *lex mercatoria* constitui ou não uma *ordem jurídica* também é enfrentada por Paul Lagarde, para quem tal questão é bastante embaraçosa, pois obriga o intérprete a arriscar uma definição de “ordem jurídica” antes de verificar se a *lex mercatoria* responde a essa definição. Mas esta primeira questão, para Lagarde, supondo que ela possa trazer uma resposta pelo menos parcialmente positiva, desemboca infalivelmente em outra: “Se a *lex mercatoria* constitui uma ordem jurídica, esta ordem coexiste necessariamente com as ordens estatais e com a ordem internacional? Essas ordens mantêm mutuamente relações de coexistência ou de exclusão? Mais precisamente, qual é a atitude das ordens estatais em relação à *lex mercatoria*? Elas a ignoram, negam sua existência ou aceitam de lhe ceder um lugar, por quais meios e em quais condições?”.⁸² Sob esse ponto de vista se vai considerar – conforme a visão de Goldman – a viabilidade de se considerar a *lex mercatoria* como pertencendo ao domínio do direito ou ao universo jurídico.

⁸¹. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 185.

⁸². LAGARDE, Paul. *Approche critique de la lex mercatoria*, cit., p. 126-127.

7.3.1. Separação entre o domínio do direito e o do não-direito

Como se sabe, o domínio do *direito* separa-se de diferentes maneiras daquele do *não-direito*, podendo este situar-se além ou aquém do direito. A esse propósito, Goldman constata que o direito se compõe das regras do jogo econômico, nas quais estariam incluídos os princípios, as disposições e contratos-tipo e os usos seguidos no comércio internacional. Na sua lição: “Pode-se primeiramente estimar que o direito se compõe das regras do jogo econômico – embora esta concepção pareça ter somente valor estatístico: porque se é verdade que a maioria das normas jurídicas dizem respeito às relações econômicas, está, entretanto, claro, que o direito intervém para proteger interesses afetivos ou morais cuja repercussão patrimonial é nula ou pelo menos muito indireta. Mas, seja como for, os princípios, as disposições e contratos-tipo e os usos seguidos no comércio internacional se situam incontestavelmente no domínio econômico, de modo que eles mereceriam, nesse ponto de vista, ser considerados como jurídicos”.⁸³ E conclui: “De maneira mais variada – e a nosso ver mais justa – observou-se que o círculo da família e os vínculos de amizade, se eles não são inteiramente impermeáveis ao direito, englobam, entretanto, amplas zonas de ‘não-direito’, e que pode ser mesmo assim quando as situações que se formam não são desprovidas de toda incidência econômica (como, por exemplo, nas disposições testamentárias precatórias ou no transporte gratuito). Ainda aí, tais limitações não poderiam evidentemente excluir as relações comerciais internacionais do domínio do direito, admitindo mesmo uma certa forma de ‘amizade’ (que deveria, de preferência, chamar-se ‘confraternidade’ ou ‘solidariedade profissional’) que une os que aí participam, e explica, entre outros fatores, a observação espontânea de normas não-estatais”.⁸⁴

Esta última constatação, entretanto, segundo Goldman, não autoriza concluir que se submetendo a tais normas os participantes do comércio internacional teriam o sentimento de se colocarem em uma *situação de puro fato*. O exportador de trigo, *v.g.*, que vende se referindo a um contrato-tipo da *London Corn Trade Association*, ou o banqueiro que confirma um crédito documentário segundo as Regras e Costumes da CCI pensa – se estiver de boa-fé – que deverá seguir as prescrições desses documentos, não se considerando, portanto, à margem do mundo jurídico.⁸⁵

Goldman a esse respeito, faz a seguinte indagação: “Mas o caráter ‘amistoso’ das relações comerciais internacionais e o regulamento pela via da arbitragem das dificuldades que podem surgir não justificaria considerá-las senão como fenômenos de ‘não-direito’, pelo menos

⁸³. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 185.

⁸⁴. *Idem*, p. 185-186.

⁸⁵. *Idem*, p. 186.

como situando-se além do direito (a menos que esteja aquém)?”. Como se lê no ensaio de Goldman sobre este assunto, René David escreveu que “a arbitragem é, na sua essência, outra coisa diferente do direito”; este “visa a fazer reinar a ordem, assegurando a cada um o que lhe é devido (*suum cuique*), enquanto aquela é uma instituição de paz... O recurso à arbitragem tem por objeto restaurar a harmonia entre os interessados, organizar suas relações para o futuro, muito mais que fixar, voltando-se ao passado, o que é devido a cada um. É o que explica o motivo pelo qual a arbitragem intervém, em particular, nos litígios do comércio internacional”, em que ela viria “suprir a ausência do direito verdadeiramente internacional que seria normal aplicar nesse caso”.⁸⁶

Goldman não concorda plenamente com as afirmações do professor René David, e justifica o seu ponto de vista assim: “Nós não podemos concordar plenamente com essas afirmações. A experiência concreta da arbitragem no comércio internacional mostra, nos parece, que muito frequentemente a sentença resolve um litígio, como o faria uma decisão judicial; e se é verdade que após a intervenção dos árbitros os adversários reatam (ou prosseguem) suas relações comerciais mais frequentemente do que fazem após a intervenção de um tribunal, é antes de tudo porque, no comércio internacional, o amor próprio representa um papel menor que em certas relações cujos juízes estatais têm que conhecer, e também porque a ausência de publicidade da sentença acelera a cura das feridas que se pode receber. Também é verdade que, quando eles são amáveis compositores, os árbitros estatuem com equidade tanto ou mais que um direito; mas equidade não é caridade, nem mesmo indulgência – e, particularmente, no domínio do comércio internacional, ela é, precisamente, em boa parte, a aplicação de costumes que corrigem a rigidez das leis estatais, como a *equity* do Chanceler corrigiu primeiramente aquela da *common law* do Banco do Rei, para se cristalizar, por sua vez, em seguida. Sem dúvida, acontece também que os árbitros conciliem as partes – e se assistirá, em semelhante caso, a um arranjo de suas relações futuras, acrescentando-se, senão se substituindo para a solução das dificuldades passadas; somente, não se está mais, então, no domínio do contencioso, e sabe-se já que o contencioso não é todo o direito”.⁸⁷

Como conclui Goldman, é suficiente, em definitivo, para não admitir que em razão do recurso à arbitragem o comércio internacional deva ser considerado como superando o direito, ou como se mantendo à margem dele, deduzir que esse recurso não é uma recusa do *contencioso*. E parece difícil, para ele, fazer de outra maneira.⁸⁸

⁸⁶. *Apud* GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 186.

⁸⁷. *Idem*, p. 186-187.

⁸⁸. *Idem*, p. 187.

7.3.2. O comércio internacional não é exclusivamente dominado pelo *suum cuique tribuere*

O fato de o comércio internacional não ser exclusivamente dominado pelo *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido) pode, também, colocar em dúvida o caráter *jurídico* de seu arranjo, tendo em vista que, segundo a tradição aristotélica, aí está o objetivo a que se destina o direito.

Goldman, a esse respeito, se pergunta se o *suum cuique* não é, mais uma vez, um princípio de regulamento do contencioso, em vez de arranjo de relações contratuais. Para ele, o juiz tem, “certamente, por missão, conceder a cada qual o que lhe é devido, mas se atendo, quase sempre, ao que as partes combinaram que lhe seria respectivamente devido, e que não corresponde necessariamente ao que deveria, na justiça, lhes caber. A justiça positiva é o respeito do contrato, não o respeito do equilíbrio das prestações; e na medida em que o árbitro pode, mais frequentemente que o juiz, estatuir com equidade, é talvez sua justiça que atingirá mais facilmente o verdadeiro *suum cuique*”. E acrescenta que para Bentham, por exemplo, “é o útil, mais que o justo assim compreendido, que é o objetivo da regra de direito; ora, na medida em que ele permite que as trocas sobrevivam aos litígios, a arbitragem comercial internacional responde a este objetivo, sem dúvida melhor que o regulamento jurisdicional estatal”.⁸⁹

Aqui, também, como se nota, a resposta é positiva no sentido de haver *direito* no seio do comércio internacional e da resolução de suas contendas, notadamente quando se leva em conta o papel da arbitragem neste cenário.

7.4. CRITÉRIOS FORMAIS HABITUALMENTE UTILIZADOS PARA CARACTERIZAR AS REGRAS DE DIREITO

A conclusão de Goldman, então, é a de que não é, portanto, o *domínio*, nem o *objetivo* das normas do comércio internacional, que permite considerá-las como estranhas ao direito. Entretanto, questiona-se: tais normas respondem também aos critérios *formais* habitualmente utilizados para caracterizar a *regra* de direito? Em outras palavras, as regras da nova *lex mercatoria* são regras editadas por uma *autoridade* e contendo uma *sanção*? Todos aqueles – diz Goldman – que estimam que é difícil determinar o domínio do direito em um momento de sua história, sem levar em conta o que é geralmente, senão exclusivamente, considerado nesse mesmo momento, como dele fazendo parte, julgarão que aí está o *teste* decisivo.⁹⁰ E sobre ele iremos nos deter agora, nos tópicos que seguem.

⁸⁹. Idem, p. 187.

⁹⁰. Idem, p. 187.

7.4.1. Definição de “regra” (Batiffol) e existência de um “conjunto de normas” no comércio internacional (Paul Lagarde)

O primeiro passo de Goldman para caracterizar, por critérios formais, a *lex mercatoria* como direito, foi definir o conteúdo do termo *regra*, e, para tanto, tomou emprestada a conceituação, àquele tempo ainda inédita, de Henri Batiffol, para quem uma *regra* “é uma prescrição de caráter geral, formulada com uma precisão suficiente para que os interessados possam conhecê-la antes de agir”.⁹¹ Partindo dessa premissa, Goldman leciona: “Admitiremos, sem dificuldade, que as cláusulas dos contratos-tipo, ou os usos codificados correspondem a esta definição, pelo menos no que concerne à generalidade, à precisão e à publicidade. A hesitação é, sem dúvida, permitida quando se trata das ‘regras’ costumeiras do comércio internacional, como aquelas das quais nós citamos alguns exemplos: se é possível, notadamente, considerar que a sanção do abuso de direito ou a oponibilidade das cláusulas impressas têm sido realmente tiradas pelo árbitro de um fundo comum preexistente e conhecido, senão formulado com precisão, é mais difícil de admiti-lo, por exemplo, para a presunção de garantia de troca nos contratos internacionais. Mas, para dizer a verdade, a dificuldade não é específica às normas do comércio internacional. Ela se encontra cada vez que o juiz passa insensivelmente da interpretação de uma regra preexistente – escrita ou não, mas certa e conhecida, ou pelo menos conhecível – para a elaboração de uma regra nova; em resumo, para contestar o caráter de regras às normas ou princípios extraídos pelos árbitros do comércio internacional, poder-se-ia também recusá-los para a ‘presunção de responsabilidade’ do guarda, da qual ninguém sustentará que ela foi extraída do Código Civil. Dir-se-á que estas normas ou princípios são menos conhecidos que as soluções constantes da jurisprudência estatal? A observação é exata, mas não revela uma diferença fundamental, porque as soluções arbitrais não são realmente ignoradas no meio profissional ao qual elas dizem respeito”.⁹²

A indagação que Goldman coloca aqui é a seguinte: de onde vem, entretanto, que se decide mal, sob o ângulo da regra, em equiparar inteiramente estas normas às leis ou aos costumes dependendo de uma ordem jurídica estatal? Vejamos:

a) Segundo Goldman, inicialmente, pode-se hesitar em admitir que as regras da *lex mercatoria* sejam efetivas *prescrições* – porque esta noção implica na de *comando*. As cláusulas dos contratos-tipo ou os usos codificados não se impõem às partes, poderia se pensar, em virtude de sua livre adesão; e esta não é, ela própria, constrangida senão em virtude de uma lei

⁹¹. *Apud.* GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 187-188.

⁹². *Idem*, p. 188.

estatal – o artigo 1.134 do Código Civil francês⁹³ e os textos correspondentes nos outros países. Para ele, encontra-se aqui “a objeção precedentemente reservada, que recusaria às normas estudadas o caráter de regras (partindo-se das regras de direito), porque a abstração, mesmo feita com toda a investigação de uma sanção, é, em si, radicalmente incapaz de comandar”.⁹⁴ Mas tal objeção, para Berthold Goldman, não é sem réplica: “Por um lado, a experiência concreta do comércio internacional parece realmente estabelecer que de fato, ‘os pequenos são obrigados a seguir as regras estabelecidas pelos grandes’ – em outros termos, que a maioria das empresas deverão realmente, se elas querem participar do comércio internacional, adotar os contratos-tipo elaborados pelas organizações profissionais ou pelas maiores empresas do seu ramo de atividade. Por outro lado, de um ponto de vista menos rasteiro, não é de modo algum correto que as partes em um contrato internacional observem suas cláusulas (elas próprias emprestadas de um contrato-tipo) porque cada qual estima que sua lei estatal da qual ela depende a constrange, nem que seja por referência mais ou menos implícita a uma tal lei estatal que árbitros imporão eventualmente o respeito; encontra-se, de certo modo, tanto em uns como nos outros, a consciência de uma regra *comum* do comércio internacional, muito simplesmente expressa no adágio *pacta sunt servanda*. E pouco importa, para o nosso propósito, que esse adágio coincida com as regras estatais do tipo do artigo 1.134 do Código Civil; porque se é dele que os contratos-tipo e os usos codificados emprestam sua força constrangedora, eles são *prescrições*, da mesma maneira que as regras supletivas de um direito interno”.⁹⁵

b) Na sequência de seu raciocínio, Goldman faz a seguinte colocação: “Permanece, entretanto, que a existência, hipoteticamente admitida, de uma regra comum *pacta sunt servanda* não basta para conferir ao conjunto das normas do comércio internacional, no estágio atual de seu desenvolvimento, o caráter de um *sistema de direito*”. E conclui: “Assim, por exemplo, não se encontrará regras relativas à capacidade dos contraentes, ou aos vícios do consentimento – cuja necessidade é, além do mais, bastante teórica; mas, praticamente, a medida dos poderes dos órgãos ou dos representantes de uma sociedade comercial é determinada de maneira variável pelas diversas leis estatais, sem que se aperceba como uma regra costumeira comum poderia unificá-las; a mesma observação vale para a prescrição liberatória, e se poderia dizer sem dúvida lhe encontrar outras ilustrações”.⁹⁶

⁹³. *Verbis*: “As convenções legalmente estipuladas têm força de lei àqueles que as concluíram. Elas só podem ser revogadas pelo seu consentimento mútuo ou pelos motivos que a lei autorizar. Elas devem ser executadas de boa-fé”.

⁹⁴. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 188.

⁹⁵. *Idem*, p. 188-189.

⁹⁶. *Idem*, p. 189.

Está provavelmente aí – segundo ele – a segunda explicação do mal estar que se prova querendo assimilar completamente as normas das quais se trata para regras de direito. Ela procede do sentimento mais ou menos definido de que somente é verdadeira *regra de direito* aquela que se integra em um *sistema* completo e que se basta a si mesma. A regra isolada, para Goldman, parece deficiente, devendo apoiar-se em uma muleta buscada em uma ordem diferente.

A conclusão que chega o antigo professor da Faculdade de Direito de Paris, aqui, é a seguinte: “Tomar partido nessa exigência suplementar da definição do direito ultrapassaria o quadro dessas observações. Notemos somente que ela não impediria que, em si, cada norma específica do comércio internacional tivesse realmente as características de uma regra; é somente o seu conjunto que não formaria um sistema de direito. Mas observamos também que uma concepção monista da ordem jurídica das relações econômicas faria desaparecer a objeção: se admitiria, então, que um contrato do comércio internacional seja submetido às suas próprias regras, ultrapassando as fronteiras dos Estados eventualmente completadas por regras estatais. E é aqui o momento de acrescentar que, sendo obra de árbitros internacionais, a designação destas regras estatais poderia progressivamente ser feita em virtude de um sistema de solução dos conflitos ele mesmo comum, em vez de ser fundada sobre o direito internacional privado de um país determinado, mas cuja escolha não é jamais isenta de arbitrariedade”.⁹⁷

A conclusão aqui, é no sentido de que “o caráter de *regras* não pode ser recusado aos elementos constitutivos da *lex mercatoria*”, embora esta ainda não forme um *sistema* inteiramente autônomo.

Paul Lagarde toma emprestado essa concepção de “ordem jurídica” dos defensores da *lex mercatoria* para, posteriormente, tecer suas críticas a esse sistema. Para ele, não são todas as normas da *lex mercatoria* que merecem ser qualificadas como “regras jurídicas”, a exemplo de algumas cláusulas contratuais como a de “força maior” ou *hardship*, e também algumas combinações contratuais novas, como as euro-emissões e os eurocréditos, dos quais Goldman escreveu que a “repetição e a efetividade” tornariam previsíveis a aparição de “um sistema jurídico novo e transnacional apto a chegar à objetividade”.⁹⁸ Para Lagarde: “Se se coloca de lado certos contratos-tipo, cujas condições gerais se aparentam com uma regulamentação profissional, é difícil de não ver em tais cláusulas ou de tais combinações contratuais, por mais interessantes que elas sejam, o simples uso pelas partes de sua liberdade contratual. Consciente da objeção, o Sr. Goldman a afasta pondo em relevo que as normas concretas escolhidas no exercício dessa liberdade são buscadas fora de um direito estatal, e em oposição ao argumento da repetição e da efetividade. A resposta não

⁹⁷. Idem, p. 189.

⁹⁸. Apud. LAGARDE, Paul. Approche critique de la *lex mercatoria*, cit., p. 128-129.

convence senão pela metade. Para a afirmação da repetição dessas cláusulas pode-se opor a grande variedade das formulas utilizadas, que torna difícil uma generalização das soluções. E, mesmo supondo que seja constatada a repetição de cláusulas substancialmente idênticas, esta repetição não implica a existência de uma regra de direito material da *lex mercatoria*".⁹⁹

O exemplo dado por Philippe Kahn das "cláusulas de estabilização da legislação apresentadas nos contratos de investimento concluídos nos anos 60 com os Estados africanos, mas que não são mais aceitas hoje por esses mesmos Estados, leva à maior reserva. Enfim, se não se pode negar que os agentes do comércio internacional procuram sempre sua inspiração fora dos direitos estatais, e organizam uma rede de direitos e obrigações que os direitos estatais abandonam o mais frequentemente à sua autonomia, não resulta necessariamente que o arranjo assim realizado por uns, fossem os mais numerosos ou os mais importantes, tenha valor de norma para os outros".¹⁰⁰

A conclusão a que chega Lagarde é a de que caso se pretenda conservar para a expressão *lex mercatoria* um sentido pleno, isto é, considerá-la como uma ordem jurídica não estatal, é preciso cuidar para não qualificar de "elemento" da *lex mercatoria* o que poderia ser somente uma simples *prática contratual internacional*.¹⁰¹

Contudo, poderia a *lex mercatoria* ser compreendida como um "conjunto de normas" formadoras de um *sistema jurídico*? Em trabalho publicado em 1979, Berthold Goldman chegou a afirmar que "a *lex mercatoria* preenche realmente a função de um conjunto de regras de direito". A diferença entre esta afirmação e a doutrina contida no artigo anterior, de 1964, objeto deste ensaio, teria consistido, segundo Paul Lagarde, "na absorção pela *lex mercatoria* dos princípios gerais de direito no sentido do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. E como esses princípios cobrem o conjunto do direito das obrigações contratuais e extracontratuais e do procedimento, a *lex mercatoria* que os utiliza teria, portanto, vocação para reger o conjunto dessas questões e mereceria, então, o caráter de ordem jurídica no sentido de conjunto organizado de normas, salvo algumas exceções pouco significativas como a capacidade ou os vícios do consentimento".¹⁰²

⁹⁹. Idem, p. 129.

¹⁰⁰. Idem, p. 129-130.

¹⁰¹. Idem, p. 130.

¹⁰². Idem, p. 130. Como destaca Lagarde: "Deve-se observar bem o raciocínio pelo qual esta anexação dos princípios gerais à *lex mercatoria* se encontra realizada. Por diversas vezes, em seu artigo de 1979, o Sr. Goldman afirma que os princípios gerais, no sentido do art. 38 [do Estatuto da CIJ] são um elemento constitutivo da *lex mercatoria*. A dificuldade existe, evidentemente, porque esses princípios gerais são os do direito internacional tal como o encara o dito art. 38, portanto de uma ordem jurídica cujos sujeitos principais são os Estados e não os agentes do comércio internacional. E de fato, o Sr. Goldman recusa a idéia como as empresas privadas pretendiam se referir, 'de maneira precisa e limitativa, ao art. 38 do Estatuto da Corte, texto de direito internacional público para o qual sua atenção sem dúvida não está geralmente propensa'. Mas deve-se acrescentar logo que, 'esses princípios (...) se inserem realmente nesse direito econômico comum

Esta demonstração, da maneira como colocada a questão, permitiria aos “princípios gerais de direito” fazer nascer a *lex mercatoria*, permitindo aos árbitros, quando chamados a resolver os litígios dela advindos, deduzir desses princípios gerais, cuja positividade estaria garantida pelo art. 38 do Estatuto da CIJ, as soluções a serem dadas ao caso concreto, na ausência de regras precisas advindas da prática espontânea dos agentes do comércio internacional.¹⁰³ Nesse diapasão, os princípios gerais de direito seriam não somente componentes da *lex mercatória*, senão também parte integrante dela. Os conhecidos princípios da boa-fé, do *pacta sunt servanda*, da *culpa in contrahendo*, da *exceptio non adimpleti contractus*, bem como os dos vícios do consentimento e da *actori incumbit probatio*, que estão à base de toda relação contratual, consagram várias características do direito internacional público aplicáveis às relações comerciais internacionais, em que indubitavelmente se inclui a nova *lex mercatoria*.

Lagarde leciona no sentido de ser bastante difícil admitir que os princípios gerais de direito internacional, possam, assim, passar por um tipo de osmose do direito internacional para a *lex mercatoria*, como pretendido por Berthold Goldman, lecionando: “Se a *lex mercatória* constitui um conjunto de regras, este conjunto é distinto daquele constituído pelo direito internacional. Não é porque os princípios do direito internacional – como, aliás, os das ordens jurídicas estatais – derivam de categorias comuns, que se deve reconhecer um caráter de positividade a tudo o que poderia ser deduzido desse fundo comum. A positividade dos princípios do direito internacional, como a dos princípios dos direitos estatais, se configura porque esses direitos são, eles próprios, direitos positivos. Parece difícil afirmar que os princípios gerais da *lex mercatoria* têm valor de direito positivo, se previamente não se colocou que a *lex mercatoria* constituía uma ordem jurídica positiva. Ora, seria necessário para aí chegar, uma outra demonstração quanto à realidade positiva desses mesmos princípios”.¹⁰⁴

Na realidade, o que ocorre é que, na maioria dos contratos internacionais, em especial nos de investimentos, a parte privada teme que o Estado cocontratante aproveite do seu poder legiferante para alterar suas normas de direito internacional privado, no sentido de sempre beneficiar-se, daí advindo a necessidade de se “corrigir” esse direito pelos “princípios gerais”

que forma, precisamente, a *lex mercatoria*, e na verdade o dominam’. A prova dela seria que esses princípios do art. 38 são tirados do direito das obrigações e do direito processual, em resumo, do que faz a trama das relações de comércio internacional. Em outros termos, os princípios gerais de direito internacional, do qual não se pode negar o caráter positivo, uma vez que eles são consagrados pelo art. 38, derivariam eles próprios dos princípios de um direito econômico comum cuja sociedade internacional tomaria progressivamente consciência, pela jurisprudência internacional propriamente dita, enriquecida por aquela dos tribunais arbitrais de direito privado” [tradução nossa] (*Op. cit.*, p. 131).

¹⁰³. *Idem*, p. 131.

¹⁰⁴. *Idem*, p. 132.

do contrato internacional. O que se pretende, então, é alçar essa situação jurídica nascida de um contrato ao nível do direito internacional público, cujas prescrições se impõem aos Estados diretamente. Em casos tais, já se fala na existência de um sistema jurídico completo e autônomo, superior às ordens jurídicas nacionais, cujo conteúdo (ainda incerto) é deduzido de desses referidos “princípios gerais”.

A crítica de Lagarde, aqui, é no sentido de que, o que foi dito acima, “não poderia encontrar aplicação em um litígio, em resumo, banal, entre pessoas privadas, em que não existe nenhum temor de ver um dos dois Estados, cuja lei é potencialmente aplicável, modificar sua legislação para vir, no caso particular, ao socorro de seu súdito, e em que, por conseguinte, não pode ser avançado nenhum motivo legítimo para recorrer a um direito internacional cujas prescrições seriam superiores àquelas dos direitos nacionais”.¹⁰⁵ Nesse sentido, ainda que a solução de conflitos de leis concernentes às relações jurídicas envolvendo o comércio internacional estivesse presente na aplicação da *amable composition* – utilizada por vários procedimentos arbitrais em suas disposições, vez que libera os árbitros da subordinação a qualquer direito nacional, autorizado pela vontade afirmativa das partes¹⁰⁶ –, tal não poderia ser interpretado como autorizando a interpretação segundo a qual a *lex mercatoria* estaria completamente acima dos direitos nacionais.

A conclusão, aqui, é no sentido de que a abordagem da *lex mercatoria* pela noção de “regras” conduz a um resultado bastante modesto, decorrente da concepção medíocre da ordem jurídica da qual se partiu para os desenvolvimentos que precederam. Assim, frustrado esse objetivo, Lagarde acredita ser mais útil inverter a ordem da pesquisa e examinar, doravante, se a *lex mercatoria*, ou melhor, a *societas mercatorum* constitui uma estrutura social capaz de produzir a suas próprias normas.

Partindo-se da concepção institucional de “ordem jurídica” de Santi Romano, percebe-se que o Estado não representa a única forma de ordem jurídica. A ordem jurídica da Igreja Católica é um exemplo bastante expressivo disso. E Santi Romano – segundo Lagarde – admite que uma sociedade revolucionária ou uma associação de assaltantes à mão armada, até mesmo uma seita cismática (aqueles que se separam da comunhão de uma igreja) podem também constituir instituições, organizações que, isolada e intrinsecamente consideradas são “jurídicas”, mesmo se elas são rejeitadas e consideradas como ilícitas pelas ordens jurídicas

¹⁰⁵. Idem, p. 133.

¹⁰⁶. Segundo Strenger: “Essa, porém, seria a forma mais rígida de fugir aos preceitos imperativos do direito interno, ou seja, quando as circunstâncias apontarem essa necessidade segundo o convencimento das partes. Isso não significa que, mesmo em situações ligadas à execução normal dos contratos, não se possa obter, pela aplicação residual de um direito nacional, resultado satisfatório, sem quebrar a sistemática implantada pela *lex mercatoria*” (*Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 101).

estatais ou eclesiásticas, contra as quais elas se levantam e pretendem destruir. A partir do momento em que existe este elemento de organização social, diz Lagarde, há ordem jurídica, mas este elemento é irreduzível: “uma classe ou camada social, não organizada como tal, mas resultando de uma simples afinidade entre as pessoas que dela fazem parte, não é uma sociedade no sentido próprio” e não pode constituir uma ordem jurídica.¹⁰⁷ Segundo o eminente internacionalista: “Mede-se o proveito que os partidários da *lex mercatoria* poderiam tirar dessa análise da ordem jurídica. Em lugar de se engajar na difícil demonstração da natureza de regra jurídica e do caráter sistemático dos elementos esparsos da *lex mercatoria*, era-lhes suficiente constatar a existência desta *societas mercatorum* para dela deduzir que esta, a partir do momento em que ela se organiza, torna-se uma ordem jurídica. A ordem jurídica da *lex mercatoria* não seria deduzida da existência das normas; é a virtualidade [potencialidade] de normas que decorreria de existência da ordem jurídica. E essa tentativa deveria ser tanto mais fácil quanto a prova da existência da instituição é a prova de um simples fato. Santi Romano escreve do Estado, mas o faria também de qualquer outra ordem jurídica que ‘ele não encontrasse sua origem em um procedimento regulado por normas jurídicas, mas em um fato... Ora, apenas este fato está terminado, apenas o Estado está efetivamente em vida, que o direito é. A norma pode então nascer. Não é, portanto, esta que, em primeiro lugar, estabelece o direito; ela não é senão uma manifestação mais tardia, subsidiária. Aliás, se não pode haver direito antes nem fora da instituição, falta precisamente uma organização para tornar jurídica a norma’. O objeto da demonstração deveria ser, portanto, de um lado, a prova da existência de uma ‘sociedade dos comerciantes’ e, por outro, da organização desta”.¹⁰⁸

Para Lagarde, enfim, não há verdadeira “organização” no pretense sistema jurídico da *lex mercatoria*, mas tão-somente *ilhotas* de organização que aparecem no cenário do comércio internacional, sem ser propriamente uma organização única.¹⁰⁹

7.4.2. *Lex mercatoria* como regra jurídica emanada de uma autoridade

Resta saber, então, se as regras da *lex mercatoria* são jurídicas pela sua *origem*, ou seja, se emanam de uma *autoridade*. Para Goldman, colocar tal questão é postular que uma tal “proveniência” é indispensável para que uma norma seja jurídica, sendo certo não ser este postulado universalmente admitido. Segundo a sua doutrina, as escolas históricas do direito

¹⁰⁷. LAGARDE, Paul. Approche critique de la *lex mercatoria*, cit., p. 134-135.

¹⁰⁸. Idem, p. 135.

¹⁰⁹. Idem, p. 140.

veem neste um fenômeno espontâneo, nascido do ‘espírito do povo’ (*Volksgeist*); e a escola sociológica vê um fato social. E parece efetivamente difícil unir indissolavelmente direito e autoridade: “não se chegaria, assim, a negar que o direito costumeiro seja parte do direito, ou pelo menos a não lhe reconhecer este caráter senão a partir do momento em que ele é consagrado por uma aplicação judiciária, o que seria de novo confundir direito e contencioso? A mesma observação valeria para amplos setores do direito internacional público – que se hesita, entretanto, a considerar sempre como estranhos ao domínio do direito”.¹¹⁰ É difícil admitir possa, nos dias atuais, existir direito sem qualquer elemento de estraneidade, pois tal direito “seria abstrato e não atenderia ao princípio da certeza e segurança, revelando-se, portanto, inadaptado aos problemas próprios colocados pelo comércio internacional”.¹¹¹ O que se nota, assim, nesse domínio, é que o comércio internacional passa a cada vez mais ser regulado por normas emanadas de autoridades não-estatais, criadoras da certeza e segurança necessárias à sua sobrevivência enquanto ordenamento regente da comunidade internacional de mercadores.

Pode-se exemplificar o raciocínio com os contratos-tipo, cujas cláusulas não são, em seu estado atual, fruto de uma elaboração espontânea, mas sim de uma “edição”, ou de uma constatação “informadora”. Tais cláusulas – destaca Goldman – emanam, mais frequentemente, de organismos profissionais que não são certamente autoridades *públicas* (embora, no caso importante dos contratos-tipo da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, seja a instituição internacional suprema que tenha suscitado e orientado a sua elaboração); contudo, os “operadores” do comércio internacional não as consideram como menos qualificadas para definir suas normas. Assim, mesmo que se admitisse que para merecer, sem reservas, o qualificativo de “jurídico”, uma regra deva ter sido editada ou formulada por uma autoridade – ou, pelo menos, que um conjunto de regras permaneceria à margem do direito se nenhuma delas tivesse uma tal origem –, semelhante condição somente se justificaria porque ela traduziria, com outras (a precisão, a generalidade, a publicidade e a sanção) a necessidade de certeza, de previsibilidade e de efetividade da regra do direito. Mas – complementa Goldman – seria então satisfeito, entretanto, que a regra seja obra de uma autoridade profissional, ou de uma autoridade pública.¹¹²

Não seria, de outro modo, conveniente que o comércio internacional fosse regulado por códigos nacionais ou por leis locais, pois é certo que o comércio internacional não sobrevive bem quando depende de fatores estranhos ao seu processo de formação e desenvolvimento, “porquanto suas estruturas são modeladas de acordo com as necessidades práticas, cujas

¹¹⁰. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 190.

¹¹¹. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 84.

¹¹². GOLDMAN, Berthold. “*Frontières du droit et lex mercatoria*”, cit., p. 190.

revelações são sempre impositivas de soluções em que a criatividade desempenha o papel mais significativo”.¹¹³ Apesar de ser verdade que numerosos contratos-tipo são obra singular de uma única empresa, suficientemente poderosa para impô-los aos seus cocontratantes, não se pode considerar, segundo Goldman, que as cláusulas de tais documentos emanam de uma autoridade *exterior* aos contratos concluídos pela própria empresa; e fica difícil admiti-la, mesmo que um tal contrato-tipo seja utilizado em contratos particulares aos quais esta empresa permaneceria estranha. Isto porque, “por mais poderosa que ela seja, esta pode ser considerada uma *força* na profissão, mas não como uma *autoridade* profissional. Quando muito se admitirá que uma ampla difusão de um tal contrato-tipo poderia conferir com o decorrer do tempo, às suas cláusulas, o caráter de regras costumeiras, buscando sua efetividade no *consensus* da profissão; contudo, exemplos de uma tal evolução parecem ter sido pouco citados”.¹¹⁴ Para Goldman, ainda outra reserva “poderia ser empregada para uma qualificação ‘jurídica’ das normas profissionais, mesmo emanando de órgãos representativos ou de associações: afirmou-se, com efeito, que elas não seriam de toda maneira aplicadas, em cada país, a não ser que a autoridade pública desse país admita a sua aplicação. *Fontes juris* originais por sua proveniência material, as novas “fontes do direito comercial internacional” não o seriam se se considera o poder de comando que elas manifestam”. E arremata: “Ao nível da aplicação não contenciosa das normas, esta afirmação parece muito discutível; ela retomaria, efetivamente, nos parece, sua ‘fixação’ já contestada em uma regra de liberdade contratual dependendo de uma ordem jurídica interna. A menos que se sustente que, mesmo uma regra comum *pacta sunt servanda* não poderia ser seguida senão porque cada Estado quer realmente admiti-la, em seu território; mas é bom levar em conta a psicologia dos que a aplicam e também recusar a hipótese de um direito comercial internacional porque excluiu-se dela, antecipadamente, essa possibilidade”.¹¹⁵

A conclusão de Goldman, aqui, é no sentido de que não é seguro que tal observação esteja fundada em relação à aplicação contenciosa das normas pelos árbitros do comércio internacional. Para ele, a experiência ensina que estes não agem no interior de uma ordem jurídica estatal, mas se colocam, ao contrário, imediatamente ao nível da comunidade internacional dos mercadores.¹¹⁶

¹¹³. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 85. E o mesmo autor ainda continua: “Como não se pode ainda aventar um regime absolutamente independente para o comércio internacional, dado que subsiste a imperatividade da ordem pública para diversas situações, deveremos ficar na esfera das constatações, a fim de eliminar quanto possível os obstáculos causados por excessos territorialistas dos sistemas nacionais, pois somente elementos de estraneidade na lei podem contornar a consumação de certos efeitos negativos e maléficis dessa concentração localista, que muitos entendem indispensável”. (Idem, p. 85-86).

¹¹⁴. GOLDMAN, Berthold. “Frontières du droit et *lex mercatoria*”, cit., p. 190.

¹¹⁵. Idem, p. 190-191.

¹¹⁶. Idem, p. 191.

7.4.3. *Lex mercatoria* dispõe de meios para assegurar o cumprimento e aplicação de suas normas?

Há também um último elemento *formal* que se diz necessário para caracterizar as regras de direito. Trata-se da *sanção*, meio pelo qual as regras de direito exigem o seu fiel cumprimento por parte de seus destinatários. No que tange à *lex mercatoria*, bastaria alegar, para dela retirar o seu caráter “jurídico”, que o desrespeito às suas normas – ou da decisão arbitral que delas faz aplicação – por uma das partes contratantes exige da parte prejudicada o socorro da força pública do direito estatal, tendo em vista inexistir no cenário comercial internacional uma *força cogente* que obrigue a parte a cumprir com sua obrigação.

Seria isto verdade? Para Goldman, a observação é parcialmente inexata e o seu alcance ainda permanece discutível. De fato, segundo ele, a experiência tem provado não somente que as sentenças arbitrais são, na maioria das vezes, executadas espontaneamente – o que já atestaria a efetividade das regras que elas põem em prática se fossem despojadas de sanções aplicáveis pela coletividade dos comerciantes –, mas também que tais sanções existem, tais as sanções disciplinares aplicadas pelos agrupamentos corporativos, a sanção de ordem moral (mas com repercussão profissional e material) consistindo na publicidade da sentença, as sanções diretamente profissionais como a eliminação de uma bolsa de comércio ou de algumas operações comerciais, e até mesmo as sanções pecuniárias garantidas por consignações prévias.¹¹⁷ E arremata: “Permanece que em algumas hipóteses – estatisticamente raras – a execução da sentença arbitral aplicando as normas próprias do comércio internacional não poderá ser obtida senão pela intervenção da força pública. Mas nós não pensamos que isso deixe essas próprias normas fora do direito; porque, precisamente, essa última sanção lhes é realmente concedida salvo se elas apareçam, por meio da sentença, como contrárias à ordem pública do país em que a execução é requerida. Elas não permanecem, por conseguinte, desprovidas de sanção – e pode-se somente dizer que elas devem, algumas vezes, para obtê-la, fazer um apelo a uma ordem jurídica estatal em relação à qual elas se pretendiam autônomas”.¹¹⁸

O que se conclui, portanto, desse entendimento, é que a sanção pretendida na *lex mercatoria* efetivamente existe, apenas não sendo idêntica àquela conhecida pelo direito interno estatal. Como destaca Irineu Strenger, o comércio internacional “realiza sua experiência identificando-se com os usos no âmbito das relações negociais e transformando-se em disposições sistematizadas por organismos privados e públicos, das quais todos procuram não

¹¹⁷. Idem, p. 191-192.

¹¹⁸. Idem, p. 192.

se desviar. Dessa obediência resultam dois elementos da *lex mercatoria*: a efetividade e a sanção”. Relativamente a esse último aspecto, o mesmo internacionalista leciona: “As possibilidades sancionadoras, apesar de estarem adstritas à autoridade e aos instrumentos estatais, existem configuradas primeiramente porque as partes incluem em seus contratos verdadeiro sistema sancionador e, por meio dos poderes atribuídos aos árbitros, interventivo, adaptando os contratos às novas condições que restabeleçam o equilíbrio econômico inicial. Há, ainda, um sistema de sanções indiretas, mas não menos eficaz no âmbito da comunidade dos comerciantes (lista negra, boicote, não-admissão a concorrências, exigência de maiores garantias ou diversas condições de pagamento que podem deixar fora de mercado o inadimplente, etc”).¹¹⁹

Aqui se encontra, então, a dificuldade vinda do fato de que a *lex mercatoria* não é um sistema jurídico completo, e acrescenta-se, também, que ela não diz respeito a uma coletividade politicamente organizada, que só pode ser dotada de uma força coercitiva irresistível. Mas isso não é suficiente – segundo Goldman – para constatar que pelo menos algumas das normas que a compõem – e em verdade todas, com exceção dos contratos-tipo emanados de empresas isoladas – são realmente “regras gerais de direito” e não simples normas individuais presas a uma regra estatal que reconhece força obrigatória aos contratos, tampouco podendo-se desconhecer o seu movimento em direção a uma sistematização certamente incompleta, mas crescente.¹²⁰

8. NOVA LEX MERCATORIA COMO ORDENAMENTO JURÍDICO AUTÔNOMO

A conclusão que chegou Goldman em seu estudo pioneiro foi a de que a nova *lex mercatoria* situa-se, tanto *substancial* como *formalmente*, no domínio do direito, tendo ainda a finalidade de cuidar para que os interesses que ela persegue permaneçam suficientemente equilibrados para garantir a legitimidade de suas prescrições.¹²¹ Sendo a *lex mercatoria* uma realidade visível, não pode haver controvérsia em torno da sua existência, mas somente de sua

¹¹⁹. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 53. O mesmo internacionalista ainda acresce: “Todas essas circunstâncias acenadas, por Frignani, são acrescentadas da observação muito apropriada de que as relações necessárias da *lex mercatoria* com a lei estatal não constituem motivo suficiente para desconsiderar sua independência na solução da grande maioria dos casos ocorrentes no comércio internacional, pois submeter um contrato a uma lei nacional, ou resolver questões, por exemplo, da capacidade das partes, não significa que se está caracterizando a ineficácia de sua existência”. (Idem, *ibidem*).

¹²⁰. GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, cit., p. 192.

¹²¹. Para Goldman: “La *lex mercatoria* se situe donc bien, substantiellement comme formellement, dans le domaine du droit; il reste encore à veiller à ce que les intérêts dont elle poursuit la satisfaction demeurent suffisamment équilibrés pour garantir la légitimité de ses prescriptions. Mais ceci, aurait dit Kipling, est une autre histoire”. (Idem, p. 192).

natureza, sendo incontestável que os seus comandos operam para além das soberanias estatais, criando, de modo mais ou menos completo, um conjunto de regras a serem observadas por aqueles que atuam no comércio internacional.

O *Institut de Droit International*, na sua sessão de Athenas de 1979, sobre a *Lei dos Contratos nos Acordos entre um Estado e uma Pessoa Privada Estrangeira*, apoiou expressamente a teoria segundo a qual a *lex mercatoria* é uma ordem jurídica autônoma, quando dispôs, em seu art. 2º, que: “Les parties peuvent notamment choisir comme loi du contrat, soit un ou plusieurs droits internes ou les principes communs à ceux-ci, soit les principes généraux du droit, soit les principes appliqués dans les rapports économiques internationaux, soit le droit international, soit une combinaison de ces sources de droit”. Identifica-se o apoio à teoria da *lex mercatoria* no período “principes appliqués dans les rapports économiques internationaux”, não obstante o tema central da Resolução versar a lei dos contratos nos acordos entre um Estado e uma pessoa privada estrangeira. Como destaca Strenger, essa demonstração “é muito significativa, porque reveladora de que até mesmo o *Institut de Droit International* foi compulsoriamente envolvido por uma realidade da qual não pode furtar-se, em que pese, na ocasião, sua intenção proclamada de não comprometer-se com a noção de *lex mercatoria* na abordagem dos *state contracts*”.¹²²

Partindo, então, dessa premissa – de que é a *lex mercatoria* uma ordem jurídica autônoma – é possível compreender melhor o verdadeiro porquê de os legisladores nacionais não se empenharem em desenvolver mecanismos que visem alcançar as regras do comércio internacional com eficácia. De fato, dada a imensa gama de conceitos e normas existentes seria complexo ao direito interno pretender regular todos os aspectos dessa atividade, razão pela qual a comunidade internacional de mercadores acaba por criar as suas próprias regras, cada vez mais evoluídas e em franco desenvolvimento.¹²³

¹²². STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 81. Ainda segundo a sua lição: “Por tudo que veio até aqui exposto, fica consolidada a idéia de que a *lex mercatoria* tem como característica inerente à sua natureza encaminhas a solução dos problemas do comércio internacional, para terreno próprio, no qual se edifica toda estrutura que deve disciplinar suas relações, daí a propriedade de se falar da *lex mercatoria* como fenômeno metanacional”. (Idem, *ibidem*).

¹²³. Cf. STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, cit., p. 32.

9. CONCLUSÃO

Pelo paralelo que se fez entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde sobre a nova *lex mercatoria*, em primeiro lugar, é possível concluir que esses usos e costumes comerciais internacionais são, efetivamente, a grande *fonte* do direito do comércio internacional contemporâneo, tal não significando, no entanto, que a nova *lex mercatoria* deva manter-se afastada de toda e qualquer normatividade estatal.

Atualmente, é inegável que o cenário internacional favorece o processo evolutivo de formação de regras uniformes do comércio internacional, e tal é demonstrável pelo trabalho de várias organizações privadas destinado à unificação do direito do comércio internacional e harmonização dos diferentes direitos nacionais, tal como é o labor do *Institut International pour l'Unification du Droit Privé* (UNIDROIT) na preparação gradual de legislação de direito privado uniforme pelos diversos Estados. Não se esqueça, também, o papel desempenhado pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*) nesse mesmo sentido. Ambas as organizações exercem papel preponderante no sentido de unificar as regras uniformes do comércio internacional, as quais igualmente compõem a nova *lex mercatoria*.¹²⁴

Portanto, a nova *lex mercatoria* emerge como um conjunto de regras (escritas ou não) levadas a efeito pela comunidade internacional dos comerciantes, com vistas a assegurar a regência das relações internacionais do comércio, pretendendo estar acima da legislação interna dos Estados, já que, para a resolução dos conflitos que dela vêm à luz, as regras do direito estatal são ainda insatisfatórias. Além do mais, para os adeptos da nova *lex mercatoria* tais regras do direito interno são bastante incertas e imprevisíveis, o que não se coaduna com a dinâmica das relações comerciais internacionais, principalmente no cenário pós-moderno.

Por outro lado, há os que defendem a estrita vinculação da nova *lex mercatoria* ao direito interno estatal, sob pena de se conceder parte da soberania do Estado às mãos invisíveis de uma

¹²⁴. Cf. RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*, 4.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 62-64. Como destaca este mesmo autor: “Para os adeptos da *Lex Mercatoria*, as regras uniformes, elaboradas por essas organizações, compõem, igualmente, a *Lex Mercatoria*. Os Estados que as reconhecem e as incorporam nas suas legislações internas, estão diretamente vinculados a elas. Quanto às outras regras uniformes, desenvolvidas principalmente pelos próprios agentes do comércio internacional, à primeira vista, parecem ter existência à margem das legislações estatais. Examinando-as mais de perto, porém, verifica-se que os diversos direitos estatais não excluem a aplicação das regras da *Lex Mercatoria* dentro do seu âmbito, reconhecendo às partes uma ampla liberdade na formação de suas relações jurídicas, além de levar em consideração os usos e costumes comerciais, para atribuir-lhes eficácia jurídica perante a ordem jurídica interna. Por essas razões, segundo nosso entendimento, a *Lex Mercatoria* não pode existir totalmente desvinculada do regime jurídico estatal, como aliás sustenta grande parte da doutrina. Ela está ligada, necessariamente e sempre, ao ordenamento jurídico de um determinado Estado que tutela os interesses de toda a coletividade, e não só ao dos integrantes de um grupo, tais como os agentes do comércio internacional” (*Op. cit.*, p. 60).

inconstante comunidade de comerciantes, que faz a lei de acordo com suas conveniências e necessidades particulares.¹²⁵ Toda a dificuldade está, como se nota, na compatibilização das regras da nova *lex mercatoria* com os vários direitos internos estatais, a fim de se evitar o predomínio exclusivo das leis de mercado e a conseqüente e inevitável especulação dele advinda. Deve-se tratar o assunto com realismo, e não fantasiosamente, observando-se as prescrições jurídicas do Estado, que não podem ficar à margem da sociedade dos *international merchants*, que estão sempre em busca de suas conveniências particulares.¹²⁶

REFERENCIAS

- BATIFFOL, Henri. *Les conflits de lois en matière de contrats: étude de droit international privé compare*. Paris: Sirey, 1938.
- FIORATI, Jete Jane. A *Lex Mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento. In: MANIGLIA, Elisabete; FIORATIA, Jete Jane (Org.). *20 Anos do Curso de Direito da UNESP*. Franca: UNESP, 2004, p. 45-70.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Lex mercatória, exclusão social e direitos humanos*. In: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade (Liber Amicorum Cançado Trindade)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 313-328.
- COSTA, Ligia Maura. *O crédito documentário e as novas regras e usos uniformes da Câmara de Comércio Internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. In: *Archives de Philosophie du Droit*, nº 9 (Le droit subjectif en question), Paris: Sirey, 1964, p. 177-192.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

¹²⁵. Assim, HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e “lex mercatoria”...*, p. 104-105: “Um corpo supranacional de regras jurídicas, desvinculado de qualquer Estado soberano, a regular as relações comerciais internacionais, conflita frontalmente com o curso atual da história, ainda marcada pela tendência codificadora nascida nos séculos XVIII e XIX. Não se pode imaginar um direito desvinculado da história. A busca da interação social, econômica e política é uma resposta moderna e democrática para uma sociedade internacional transparente, sem castas dominantes, apta a livremente criar regras, independentemente de imposições ou coações. Um direito de classe, aplicável a todas as relações comerciais internacionais, sem o resguardo do Estado, ainda que com inegável vantagem utilitária, é, num primeiro momento, a negação daquela resposta democrática”. Em sentido contrário, v. GUERREIRO, José Alexandre Tavares, que bem resume o pensamento atual em favor da nova *lex mercatoria*, quando leciona que “a característica do comércio internacional hoje é a regulação de relações econômicas por meio de um processo normativo desencadeado na própria classe dos comerciantes ou agentes do comércio internacional” (*Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 89).

¹²⁶. Cf. HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e “lex mercatoria”*, cit., p. 120-121.

- HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e “lex mercatoria”*: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994.
- KAHN, Philippe. Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria*: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques? In: *Le droit des relations économiques internationales*: études offertes à Berthold Goldman. Paris: Librairies Thechiques, 1982, p. 97-107.
- KASSIS, Antoine. *Problèmes de base de l'arbitrage*: em droit compare et em droit international. (Tomo I: *Arbitrage jurisdictionnel et arbitrage contractuel*). Paris: LGDJ, 1987.
- KASSIS, Antoine. *Thèorie generale des usages du commerce*: droit compare, contrats et arbitrage internationaux, *lex mercatoria*. Paris: LGDJ, 1984.
- LAGARDE, Paul. Approche critique de la *lex mercatoria*. In: *Le droit des relations économiques internationales*: études offertes à Berthold Goldman, Paris: Librairies Thechiques, 1982, p. 125-150.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *Lex Mercatoria*: evolução e posição atual. *Revista dos Tribunais*, vol. 709, São Paulo, nov./1994, p. 42-45.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A nova *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. Barueri: Manole, 2003, p. 185-223.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; PRADO, Gabriella Boger. L'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux au Brésil. *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 2, 2019, p. 427-456.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado*: teoria e prática, 4.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIPERT, Georges; ROBLOT, René. *Traité de droit comercial*. 15. ed. par Michel Germain. Paris: LGDJ, 1993.
- STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: RT, 1968.
- STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.
- VICENTE, José Maria Espinar. *La regulación jurídica de los contratos internacionales de contenido econômico*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1979.

Data de submissão: 02/04/2023

Data de aprovação: 22/04/2023

Data de publicação: 01/03/2024

Este trabalho é publicado sob uma licença
Creative Commons Attribution 4.0 International License.