



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

AMANDA DA SILVA D'ÁVILA RUFINO

O USO DA LEX MERCATORIA NAS ARBITRAGENS REALIZADAS NO BRASIL:

Um estudo com base na Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996.

Florianópolis (SC)

2014

AMANDA DA SILVA D'ÁVILA RUFINO

O USO DA LEX MERCATORIA NAS ARBITRAGENS REALIZADAS NO BRASIL:

Um estudo com base na Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996.

Monografia apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos

Florianópolis (SC)

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "A utilização da **lex mercatória** como fundamento da sentença arbitral na legislação brasileira", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Amanda da Silva D'Avila Rufino**, defendido em **21/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 8,0 (oito), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 21 de Novembro de 2014.



Professor(a) Orientador(a)
Ricardo Soares Stersi dos Santos



Membro de Banca
Leandro Godoy Oliveira



Membro de Banca
Mariah Rausch Pereira



Membro de Banca
Mariana Caroline Scholz

Ao meu avô, José da Câmara Rufino, que mesmo não estando mais entre nós, sempre teve o direito como uma paixão em sua vida. À minha mãe, Márcia, aos meus avós, Luiz e Lourdes, ao meu irmão, Bernardo, e ao meu grande amor, Eduardo, por toda paciência e amor que vocês sempre tiveram comigo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por ter me concedido o dom da vida, que a tudo isso me oportunizou.

Agradeço à minha mãe, por ter instrumentalizado tal dom e por ter tido paciência comigo, principalmente neste ano. Por ter lido o trabalho, dado sugestões e me apoiado. Eu te amo e muito obrigada!

Aos meus avós e meu irmão, por terem ouvido pacientemente todos os meus dramas, bem como compreendido a razão de nem sempre eu poder ter estado lá com a família.

Agradeço a minha sogra, Ivanete, por sempre ter me apoiado também, e por ter confiado que mesmo com tudo o que passei esse ano, eu conseguiria terminá-lo bem.

Agradeço a todos os meus amigos pela ajuda e compreensão, principalmente Ana, Fernanda e Raquel, por ter acompanhado o dia-a-dia da produção deste trabalho, em nossos momentos de cooperação e apoio mútuo. E Stephanie, por além de ter me ouvido pacientemente em todos os problemas, me acalmou e me ajudou a seguir em frente, qualquer que fosse a dificuldade que me aparecia.

Agradeço ao meu padrasto, Gervásio, que mesmo nos deixando esse ano, sempre foi como um pai para mim e sempre me mostrou o valor dos estudos.

Agradeço ao grande amor da minha vida, Eduardo Luiz de Andrade Meyer, por ter sempre me acompanhado e me ajudado em tudo. Por ter lido o trabalho comigo, emprestado espaço para concluí-lo e por ter sempre me apoiado. Por pacientemente secar todas as minhas lágrimas e, principalmente, por ter confiado sempre nas minhas capacidades, até quando eu mesmo cheguei a duvidar delas.

Muito obrigada a todos e eu amo muito todos vocês.

Por fim, agradeço também ao meu orientador, Ricardo Soares Stersi dos Santos, por ter compreendido os momentos difíceis que passei este ano e durante a confecção deste trabalho. Agradeço por toda a sua paciência, atenção e dedicação comigo nesse período.

“A filosofia que cultivo não é nem tão bárbara nem tão inacessível que rejeite as paixões; pelo contrário é só nelas que reside a doçura e felicidade da vida”. *René Descartes*

RESUMO

A presente monografia tem o intuito de analisar como ocorre a utilização da nova *lex mercatoria* na Lei de Arbitragem Brasileira. A problemática reside na possibilidade trazida pelo princípio da autonomia da vontade na esfera privada em confronto com a ordem pública estatal, bem como na existência ou não de natureza jurídica e normativa na *lex mercatoria*. Deste modo, no primeiro capítulo é feita uma análise do surgimento da *lex mercatoria*, para que seja possível compreender sua real natureza. Foi constatado, então, que a *lex mercatoria* goza de natureza jurídica, com caráter de regra, mas sem formar um sistema de direito. O segundo capítulo trata da arbitragem e dos princípios da autonomia da vontade e da ordem pública. Assim, foi percebido que na atualidade a *lex mercatoria* apenas adquiriu esse caráter de regra graças à arbitragem e que ela é passível de utilização nas arbitragens brasileiras e como fundamento da sentença arbitral executada no Brasil, conforme o art. 2º, §2º da Lei nº 9.307/96. Entretanto, essa liberdade não é absoluta, encontrando limitações no princípio da ordem pública.

Palavras-chave: *Lex mercatoria*. Arbitragem. Autonomia da vontade. Ordem pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA <i>LEX MERCATORIA</i>.....	12
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E DA <i>LEX MERCATORIA</i>	12
1.2 CONCEITO E NATUREZA DA <i>LEX MERCATORIA</i>	17
1.3 FORMAÇÃO E CARÁTER NORMATIVO DA <i>LEX MERCATORIA</i>	20
1.4 FONTES, EXTENSÃO E ESCOPO DA <i>LEX MERCATORIA</i>	25
1.5 INSTRUMENTALIZAÇÃO DA <i>LEX MERCATORIA</i>	28
1.6 CRÍTICAS À <i>LEX MERCATORIA</i>	29
2 A LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA E A UTILIZAÇÃO DA <i>LEX MERCATORIA</i>.....	37
2.1 A ARBITRAGEM, SEU CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	37
2.1.1 A natureza do conflito.....	37
2.1.2 Métodos de solução de conflitos.....	38
2.1.3 Principais características da arbitragem.....	41
2.1.4 A autonomia da vontade.....	46
2.1.5 A ordem pública.....	51
2.2 A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA <i>LEX MERCATORIA</i> NA LEI DE ARBITRAGEM.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	66

INTRODUÇÃO

No mundo globalizado em que se vivem, as relações políticas e econômicas dentro da sociedade internacional são de extrema importância, já que, são elas que permitem a existência de uma harmonia no sistema internacional.

A aproximação das fronteiras econômicas, sociais e físicas, em razão dos avanços tecnológicos, trouxe a necessidade urgente de reconhecer que as relações jurídicas também precisam ter a liberdade de se estender além das fronteiras nacionais. Quase todos os produtos que são usados no dia-a-dia – o que é consumido, os programas que são assistidos, os livros apreciados, as roupas que se vestem – ou são, ou possuem elementos advindos de outros países. Considerando esta realidade, nem faria sentido tentar restringir todas as relações humanas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas a um único território. E boa parte dessa aproximação se deve aos fenômenos comerciais.

O Comércio Internacional começou a se desenvolver desde a Idade Antiga, ganhando força, principalmente, com os fenícios. Contudo, ele passa a ganhar destaque com as formações empresariais e as corporações de ofício na Idade Média e, na mesma proporção que a humanidade passou a desenvolver o comércio, surgiu a necessidade de regular tais relações.

Como o comércio se dava além das fronteiras nacionais, este não poderia ser regulamentado de acordo com as regras de um único povo. Assim, as relações comerciais passaram a ser resolvidos com usos, costumes e princípios gerais, dos quais foram denominados *lex mercatoria*, ou *ius mercatorum* medieval.

Sobreveio a Revolução Industrial e, com ela, a produção em massa e o crescimento das empresas transnacionais. Não demorou muito para que o crescimento dos avanços tecnológicos derrubassem as fronteiras estatais, trazendo a globalização.

Nos séculos XX e XXI, esses fenômenos trazem consigo uma conotação de cooperação. Os Estados precisam um dos outros. Os países não produzem tudo o que precisam, nem conseguem dar utilidade a todos os excedentes. É através dessa manutenção econômica cooperativa que é mantida a própria estrutura estatal. Entretanto, como toda relação

jurídica entre sujeitos, as atividades mercantis sempre apresentaram (e ainda apresentam) algum tipo de risco¹, sendo inevitável a existência de conflitos.

Tendo em vista a anarquia da sociedade internacional, ou seja, não há um poder soberano que possa determinar como as relações devam ser regulamentadas, nem instituir um meio ideal para resolver esses conflitos (DIXON, 2007, p. 15-16), sobreveio à necessidade de as próprias instituições privadas atuantes no comércio internacional definirem as normas a serem aplicáveis ao caso, bem como definir meios alternativos para tratar das eventuais disputas.

Mais uma vez, não havia sentido em manter a regulação das relações comerciais sob o monopólio estatal, resgatando, então, a *lex mercatoria* medieval, adaptando-a a nossa realidade. Assim, ganham destaque os métodos não tradicionais, ou alternativos, para a solução dos conflitos, como o uso da *lex mercatoria* através da arbitragem internacional.

A *lex mercatoria* nada mais é do que um conjunto de usos, costumes e princípios utilizados dentro da sociedade internacional para reger os contratos comerciais internacionais (CÁRNIO, 2009, p. 150-151; HUCK, 1994, p. 105). O aperfeiçoamento da *lex mercatoria* trouxe inovações práticas, a exemplo dos contratos-tipos, facilitando a forma de regular as relações de comércio.

Deste modo, a arbitragem com o uso da nova *lex mercatoria*, pode ser considerada um dos métodos mais eficazes de composição de conflitos no âmbito internacional, já que melhor garante o atendimento das necessidades do comércio internacional.

A respeito da realidade brasileira, por se tratar de um país em desenvolvimento e com inquestionável potencial de crescimento, é impossível não sentir os reflexos desta nova *lex mercatoria* em sua realidade. Nosso país vem tentando se inserir cada vez mais no mercado internacional, com investimentos advindos tanto por parte de grandes empresas, quanto por parte do governo.

Contudo, a legislação brasileira no âmbito dos contratos internacionais e ainda permanece muito arcaica. O art. 9º da LINDB, ao instituir que “*para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*” prejudica essa tendência. Isso porque, nos contratos internacionais privados firmados no Brasil, ou com empresas

¹ Os riscos são os mesmos de qualquer outra relação jurídica contratual: inadimplemento, quebra de contrato, descumprimento de obrigações, rescisão unilateral, além dos problemas com transporte, perda de carga, eventuais acidentes, etc.

brasileiras, é restrita a aplicação da autonomia da vontade, ficando esses contratos adstritos às regras de direito internacional privado dispostas no referido artigo e a outros dispositivos da legislação brasileira².

Já a Lei nº 9.307/96 foi desenvolvida modificando um pouco o panorama da arbitragem e do direito contratual no Brasil, visando celeridade e simplificação na solução dos conflitos. É dentro da arbitragem que floresce a oportunidade de aplicação da autonomia da vontade para a escolha do direito aplicável nos contratos internacionais privados sob a luz do direito brasileiro.

Deste modo, surge o questionamento: a lei de arbitragem brasileira possibilita plenamente a utilização da *lex mercatoria* nas arbitragens realizadas ou executadas no Brasil? A resposta deste questionamento reside na problemática deste trabalho, em três principais aspectos: [a] a *lex mercatoria* pode ser reconhecida como uma ordem jurídica autônoma e vinculante? [b] até que ponto a autonomia da vontade possibilita a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro? E, [c] como funciona a limitação da ordem pública, como elemento limitador da vontade nas convenções arbitrais?

Para responder a esses questionamentos, primeiro será necessário tratar da natureza, do conceito, histórico, alcance, escopo e extensão da *lex mercatoria*, objeto do primeiro capítulo. Desta forma será possível observar se a *lex mercatoria* compõe ou não um sistema de direito autônomo, sem vínculos com lei estatal.

Após, será preciso analisar o instituto da arbitragem, e os aspectos essenciais que conferem às partes a autonomia suficiente para decidir a forma em que será julgado o conflito. Para tanto, no segundo capítulo serão tratadas as características essenciais da arbitragem, bem como os princípios que norteiam a escolha do direito aplicável ao litígio, com foco na autonomia da vontade e na ordem pública. Por fim, será analisada a possibilidade de utilização da *lex mercatoria* no âmbito da Lei nº 9.307/96.

O método de abordagem da presente pesquisa é o dedutivo, buscando aplicar as teorias acerca da *lex mercatoria* à legislação brasileira. Os procedimentos escolhidos foram o monográfico, buscando uma generalização para a forma de utilização da *lex mercatoria* no

² Código de Processo Civil. Lei nº 5.869/73. Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal. Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

ordenamento jurídico pátrio; e o histórico, analisando as modificações legislativas e fáticas que levaram ao desenvolvimento dessa normatização.

A técnica escolhida para a pesquisa foi a bibliográfica. No entanto, existem poucas obras completas que tratam da *lex mercatoria* disponível nas bibliotecas universitárias, o que favoreceu a utilização de artigos publicados na internet. Quanto ao histórico da *lex mercatoria*, boa parte foi baseada no pensamento de Bewes, a partir da obra *The Romance of Law Merchant*.

A estrutura e a apresentação da presente monografia é feita de acordo com o modelo francês, com dois capítulos, sendo o primeiro teórico e introdutório e o segundo mais específico, de acordo com os objetivos do trabalho.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA *LEX MERCATORIA*

Para um boa compreensão da *lex mercatoria* e da sua utilização em arbitragens no Brasil, se faz essencial uma breve explanação a respeito dos seus principais aspectos. À vista disso, neste primeiro capítulo será tratada a evolução da ideia da *lex mercatoria*, a partir de suas origens até a atualidade. Esta primeira parte histórica é baseada no pensamento de Bewes, autor que tratou da formação da *lex mercatoria* de forma sem igual. Nos itens posteriores, serão tratados a sua formação, normatização, seus instrumentos e, finalmente, algumas críticas doutrinárias à sua natureza e existência.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E DA *LEX MERCATORIA*

O comércio internacional nasceu em virtude do desenvolvimento social, tornando-se uma das manifestações da complexidade social decorrente da organização e desenvolvimento dos grupos sociais. Com a evolução dos meios de produção, os excedentes dos produtos passaram a ser armazenados e também trocados com os excedentes de outros itens produzidos por outros grupos sociais.

Há duas principais correntes que tratam do surgimento da *lex mercatoria*. A primeira sustenta a ideia de que a *lex mercatoria* remete à Europa medieval, mais precisamente à Itália, tendo em vista o monopólio que esse país exercia sobre o comércio internacional naquele período. Conforme esse pensamento, Schimitoff (1993, p. 90) define que as regras atinentes ao comércio internacional se desenvolveram em três fases: a) *law merchant* medieval; b) incorporação da *law merchant* aos sistemas jurídicos nacionais, a partir do século XVII e; c) fase contemporânea, pós Segunda Guerra Mundial.

Nesse mesmo sentido, Michaels (2007, p. 448) divide a evolução da *lex mercatoria* em três fases. A primeira remeteria justamente à idade média, com a *lex mercatoria* cumprindo o papel de um conjunto de normas transnacionais e princípios processuais, estabelecido pelas entidades comerciais.

Conforme o autor, a *lex mercatoria* medieval, não era autônoma dos Estados. Ela se formava através de uma mistura das leis estatais com os padrões comerciais costumeiros, que se alinhavam para atender as necessidades dos mercadores (MICHAELS, 2007, p. 454).

Já a segunda fase seria relativa à nova *lex mercatoria* do século XX, formando um conjunto informal e flexível de normas e padrões arbitrais, estabelecendo um direito internacional privado do comércio internacional. Nesse período não havia sistematização alguma da *lex mercatoria*, sendo uma espécie de *soft law* (MICHAELS, 2007, p. 448).

A terceira fase seria a que vivemos na contemporaneidade, chamada por Michaels (2007, p. 448) de nova nova *lex mercatoria*. Nesta fase, a *lex mercatoria* tenta adquirir o *status* de um verdadeiro sistema legal, codificando suas normas – principalmente através dos princípios da UNIDROIT³ – e com um sistema jurisdicional institucionalizado, consagrado pela arbitragem internacional. Contudo, afirma o autor que essa total autonomia é uma utopia, como será visto em item posterior (MICHAELS, 2007, p. 448).

Já a segunda corrente é a sustentada por Bewes (1986, p. 13) e Strenger (1996, p. 55), indicando que a *lex mercatoria* teve um início muito semelhante ao *ius gentium* romano, aos costumes marítimos e ao direito das grandes feiras medievais europeias. Para essa corrente, a verdadeira origem da *lex mercatoria* se funda nas condutas praticadas pelos mercadores, nas feiras medievais na Europa.

Neste trabalho pretende-se utilizar as ideias principais da segunda corrente, que reconhece a *lex mercatoria* como tendo se iniciada em períodos bem mais remotos, remetendo-a aos fenícios que eram os principais comerciantes do Mediterrâneo, muitos séculos antes do nascimento de Cristo.

Na Antiguidade Oriental, os fenícios ganharam fama pelos extensos saberes náuticos, bem como pelo seu alto desenvolvimento do comércio marítimo, favorecido pela localização geográfica da Fenícia, às margens do mediterrâneo oriental. Tendo em vista a baixa atividade produtiva dos fenícios, lhes restou conquistar os mares, levando mercadorias de civilizações próximas para outras além dos mares, através de atividades aduaneiras.

Com a expansão marítima decorrente de suas atividades, bem como o aumento do comércio nas principais cidades, foi necessário manter certa organização e uniformidade de condutas. Assim, os fenícios desenvolveram a *lex rhodia de iactu*, ou Lei de Rhodes, para

³ “O International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) é uma organização intergovernamental independente, fundada em 1926 como órgão auxiliar da Liga das Nações, re-estabelecido em 1940, após a saída da Itália da Liga das Nações, com base no UNIDROIT Statute ratificado atualmente por 61 países. Seu objetivo principal é o estudo de necessidades e métodos para modernizar e harmonizar legislações comerciais entre Estados e grupos de Estados. [...] Esses princípios oferecem, em suma, um conjunto de regras específicas para a celebração de contratos internacionais, desprovida de influências regionais, elaborada por uma equipe privada e altamente qualificada”. (CORDEIRO, 2008, p. 119-121). Os Princípios da UNIDROIT são considerados fontes da *lex mercatoria*.

tratar de relações eminentemente comerciais, sem considerar os contratos (STRENGER, 1996, p. 55).

Concomitantemente, os gregos também tiveram um papel importante no desenvolvimento do comércio internacional. Por meio de suas expedições marítimas pelo mediterrâneo, a Grécia passou a atrair a vinda de comerciantes as suas cidades e desenvolveu o *nauticum foenus*⁴, que era uma espécie de empréstimo para os armadores ou exportadores, a seu risco, ou seja, uma espécie de financiamento das expedições em troca de uma participação nos lucros das vendas das mercadorias trazidas, com altos valores de juros para compensar eventuais prejuízos (STRENGER, 1996, p. 56).

No período helenístico, logo após a expansão das rotas comerciais, a Fenícia foi conquistada pelos persas, enriquecendo mais ainda este Império e aumentando os seus investimentos no comércio. As Cidades-Estados gregas buscaram, então, aumentar a sua renda e riquezas. Para isso estimularam o desenvolvimento de seu comércio também, ampliando mais ainda as relações comerciais no Egeu e no Mediterrâneo.

A importância da Grécia no comércio foi obscurecida por Roma. Esta teve também o seu papel na regulação do comércio, com o desenvolvimento do *ius gentium* que acabou por incentivar o comércio internacional, visto que disciplinava as relações comerciais. (BADDACK, 2005, p. 05-06)

No século VII d.C. os Árabes começaram a sua expansão, conquistando a Pérsia e incorporando-a ao seu califado. Ressalte-se que nos processos de conquista e incorporação, tanto da Pérsia sobre a Fenícia, quanto da Arábia sobre a Pérsia, houve um intercâmbio de costumes, sendo que os costumes comerciais da civilização conquistada foram incorporados pelos conquistadores. (BEWES, 1986, p. 02-05)

O comércio por terra era representado pelas trocas na Arábia e no Mar Negro, conhecida como Euxino, no período. Nessa região, concentravam-se diversas mercadorias vindas do leste, principalmente da China, e ocorria um fluxo constante do comércio entre o leste e o oeste. Era na Arábia que essas trocas se concentravam e, com o auxílio dessas relações comerciais favoráveis, muitos reinos aumentaram suas riquezas. (BEWES, 1986, p. 07)

⁴ “Seja como for, o *nauticum foenus*, era um financiamento de expedições marítimas comerciais, em que capitalistas assumiam o risco de investir nas mesmas mediante a participação altamente vantajosa nas vendas das mercadorias trazidas ou a cobrança de juros elevados como compensação por eventuais prejuízos com o insucesso da empresa. A princípio, por mar, essa prática mercantil passou depois a ser também operada por terra.” (NASCIMENTO, 1996, p. 100).

Contudo, quanto mais fortes os reinos ficavam, maior era a sua ganância, o que levou à tentativa de taxar as mercadorias que transitavam por seus rios e rotas, gerando guerras e, eventualmente a própria ruína destes reinos (BEWES, 1986, p. 03-04).

Com a queda do Império Romano do Ocidente e o início da Idade Média, o comércio internacional passou a crescer simultaneamente em partes distintas do globo. Esse crescimento gozou de certa uniformidade, sendo costumeiro e praticamente idêntico em todos os lugares (BEWES, 1986, p. 08).

Considerando a sua posição estratégica e toda a força adquirida pelos Árabes, por ser o grande foco comercial do oriente, não levou muito tempo para que estes expandissem suas navegações, incrementando suas relações comerciais no mediterrâneo. O comércio naquela região já envolvia países como França, Inglaterra e Noruega também, gerando conflito em decorrência da expansão árabe. (BEWES, 1986, p. 02)

Os árabes, contudo, não se propunham a negociar com os outros povos, centrando sua expansão por meio da conquista. Assim, os árabes percorreram toda a costa do mediterrâneo, tornando-se cada vez mais fortes, e logo viraram o grande terror dos mares na região, devastando boa parte da Grécia, do sul da Itália e da Sicília. Durante esse processo de conquista, os árabes passaram a impor seus costumes às outras civilizações (BEWES, 1986, 04-06). Ressalte-se, aqui, que boa parte dos costumes comerciais árabes provinha de outros povos orientais, principalmente dos antigos fenícios.

Na Sicília, entretanto, as relações com os árabes não foram sempre hostis. O povo da região passou a aplicar com certa frequência os usos e costumes mercantis dos árabes, para transacionar em seu território. De fato, em todos os territórios ocupados, os costumes orientais ganharam força, principalmente no meio cristão em Levante (mediterrâneo oriental), na Calabria e na Sicília. Em pouco tempo, os costumes comerciais árabes se tornaram uma espécie de lei em todo o mediterrâneo (BEWES, 1986, p. 05-06).

Como o fortalecimento da Igreja Católica, esta passou a ser uma das maiores comerciantes da Idade Média. Os mares e algumas regiões litorâneas foram, então, conquistados pelos povos cristãos que utilizaram as Cruzadas para a sua expansão para o Oriente. Aos poucos as nações cristãs sucederam os árabes e passaram a controlar comércio no mediterrâneo oriental e no mar negro, aumentando suas riquezas. Nesse período, a lei utilizada no comércio era a *Canon Law*, que acabou por influenciar a *Law Merchant*, consagrando os princípios da confiança mútua e da boa-fé (BEWES, 1986, p. 09).

Com a expansão dos povos cristãos, o Império Latino se estabeleceu em Constantinopla e os venezianos formaram um sistema colonial no Levante. Nesse período o comércio vinha das grandes feiras internacionais, das quais, pouco se modificaram no decorrer do tempo. Naquele período, era verdadeiramente uma lei de mercadores que era aplicada no âmbito dessas grandes feiras (BEWES, 1986, p. 08-09). Os contratos eram, portanto, os mesmos e requeriam a mesma interpretação, por muito tempo. Para Bewes (1986, p. 09) como os erros e problemas se repetiam na prática comercial, acabaram por exigir os mesmos “remédios” e soluções.

Sabe-se que a normatização do período era uma mistura dos costumes orientais, absorvidos após a conquista dos árabes sobre as nações cristãs, com os costumes formados na própria região. Assim, não há como medir a parcela oriental absorvida pela *lex mercatoria* (BEWES, 1986, p. 02-09).

Foi com crescimento das feiras, na idade média, que iniciou a sistematização das regras que regulam o comércio. Com o fim da idade média e o início da idade moderna, marcado pela queda de Constantinopla, os genoveses triunfaram no mar negro, e, no século XIV, Veneza se transformou no ponto de encontro principal das rotas comerciais, agindo como um centro de distribuição. Essa organização foi essencial para o desenvolvimento das grandes cidades germânicas e flamengas. (BEWES, 1986, p. 06-07)

Com o tempo formaram-se as associações profissionais e grupamentos de empresas das quais passaram a emanar documentos, formulas de contratos regidos por leis não-estatais, e convenções. Nesse sentido, a *London Corn Trade Association*, de 1877 e posteriormente revogado em 1886, trouxe a uniformização das transações de cereais. (STRENGER, 1996, p. 62-63)

Com o processo de industrialização crescente no final do século XIX e início do século XX, as normas de direito interno, com caráter eminentemente positivista e codificadoras, passaram a ser inadequadas para resolver os conflitos das questões comerciais, ensejando uma uniformização das normas do comércio internacional. Contudo, a proposta de uniformização também passou a ser inadequada a partir do momento que as práticas do comércio começaram a trazer alterações no cenário internacional.

Destarte, no século XX, com o advento da globalização e a decorrente internacionalização do comércio, as legislações estatais começaram a interferir negativamente

nas relações comerciais. Isso gerou a necessidade de adequação do direito à realidade fática do comércio ainda mais forte, sendo necessário um novo corpo de normas.

Como os problemas que surgiam também eram semelhantes em diferentes países, foi preciso o reconhecimento de uma autonomia comercial e a criação de um sistema jurídico independente das jurisdições estatais. Deste modo, houve uma tentativa de resgatar o sistema que funcionou na Idade Média para regulamentar o comércio e a nova *lex mercatoria* começou a dar seus primeiros passos. (STRENGER, 1996, p. 62)

1.2 CONCEITO E NATUREZA DA *LEX MERCATORIA*

Quando se fala de *lex mercatória*, há muitas divergências teóricas acerca de sua conceituação e natureza. Para Guerreiro (1993, p. 90), Goldman foi o grande precursor doutrinário da *lex mercatoria* na atualidade, e na evolução de seus trabalhos acadêmicos o referido autor teria mudado a sua concepção de *lex mercatoria* mais de uma vez. De acordo com Guerreiro (1993, p. 90):

As proposições principais da *lex mercatoria* na formulação de Goldman são: a) os usos e costumes observados no comércio internacional constituiriam verdadeiramente um autêntico sistema jurídico, ou, pelo menos, uma ordem jurídica; b) a normatividade decorrente desse sistema ou ordem jurídica aplicar-se-ia imediatamente às relações econômicas de caráter internacional, sem referência aos direitos nacionais e sem aplicação das denominadas regras de conflito, próprias do direito internacional privado.

Assim, a *lex mercatoria* seria constituída dos usos e costumes do comércio internacional e de seus princípios e a *lex mercatoria* seria dotada de normatividade própria que independe dos direitos nacionais.

Para Huck (1994, p. 105) a *Lex mercatoria* é o “conjunto de princípios gerais e de regras costumeiras aplicadas espontaneamente ou elaboradas para o comércio internacional, sem se referir a um sistema específico de direito nacional”.

Lando apud Huck (1994, p. 105) crê ser a *lex mercatoria*, as “regras de direito que são comuns a todos ou à maioria dos Estados envolvidos no comércio internacional ou para aqueles Estados envolvidos numa pendência comercial; não sendo tais regras identificáveis, eleger-se-ão aqueles que pareçam ser as mais apropriadas e equitativas”.

Langen apud Huck (1994, p. 105) considera a *lex mercatoria* como as “regras do jogo do comércio internacional”.

Para Huck (1994, p. 129) a *lex mercatoria* é uma espécie de estrutura criada a partir da experiência e dos costumes do comércio internacional, aceitos e impulsionados pelos grandes e poderosos atores do comércio, atendendo suas necessidades e exigências. Nessa concepção, a *lex mercatoria* pode ser vista como uma forma de opressão, da vontade dos mais fortes impostas aos mais fracos.

Cárnio (2009, p. 150-151) compreende a *lex mercatoria* com um conjunto de regras e costumes, emanadas de organismos internacionais relacionados à atividade comercial, decorrentes da própria prática comercial, para regular as relações entre os comerciantes. Retrata a autora, ainda, que a doutrina moderna baseia a nova *lex mercatoria* nos seguintes pilares: [a] a afirmação crescente das práticas contratuais uniformes no comércio internacional; [b] a consolidação das regras autônomas relativamente as legislações nacionais; e [c] a crescente conscientização dos operadores do comércio internacional da inadequação das leis nacionais para dar solução a problemas decorrentes de contratos transnacionais, reduzindo as desarmonias presentes no sistema estatal.

Conforme Strenger (1996, p. 24), a *lex mercatoria*, uma vez considerado o seu contexto histórico, seria o primado dos usos do comércio internacional. Ressalta o referido autor que a expressão *lex mercatoria*, é “definitivamente incorporada à nomenclatura técnica do comércio internacional para expressar seu conceito, embora, muitas sejam, ainda, as variantes doutrinárias da sua compreensão” (STRENGER, 1996, p. 24).

Esse contexto é indispensável para a compreensão da *lex mercatoria* como conhecemos hoje, conforme bem assevera Glitz (2014, p. 313):

Enquanto a *lex mercatoria* medieval se apresenta em um momento de fragmentação do império romano e sua substituição, pelo menos na Europa ocidental, por um sistema feudal de produção; o fenômeno contemporâneo se insere em um momento de internacionalização da economia, descodificação do Direito comercial e mudança da postura do Estado frente à atividade econômica.

Assim, a *lex mercatoria* teria como principal objetivo a liberação do comércio internacional das amarras da legislação estatal. O meio no qual ela se utilizaria para alcançar seu fim seria a proposta de adoção voluntária e submissa aos seus preceitos pelos operadores do comércio internacional (STRENGER, 1996, p. 94-95).

Nessa concepção, ela é um verdadeiro sistema normativo de caráter espontâneo, regulamentando todas as normas comerciais já presentes na sociedade internacional em estado difuso, para satisfazer as exigências comércio internacional (STRENGER, 1996, p. 54).

Cremades apud Strenger (1996, p. 22) concorda com essa posição, entendendo ser a nova *lex mercatoria* um verdadeiro conjunto normativo, embasado em quatro pilares: [a] os usos profissionais; [b] os contratos-tipo; [c] as regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas; e, finalmente, [d] a jurisprudência arbitral.

Ibrahim Fadalallah apud Strenger (1996, p. 24) acredita que a *lex mercatoria*, apesar de ser frequentemente entendida meramente como as normas específicas espontaneamente decorridas do comércio internacional, não se reduz apenas a isso. Entende que o instituto é extensível a todo o conjunto de regras e práticas que integrou o comércio internacional, qualquer que seja a fonte. Assim, a *lex mercatoria* comporta todas as normas e práticas recebidas ou condições causadas pelo comércio internacional.

Para Guerreiro (1993, p. 84), *lex mercatoria* nada mais é do que uma espécie de atualização do *ius mercatorium*, adaptando-o às particularidades do comércio internacional:

A doutrina da *lex mercatoria* corresponderia, por seu turno, à atualização do particularismo do direito comercial: direito de classe, de caráter consuetudinário, autônomo, resultante da consciência, por parte dos interessados, do caráter especial de suas relações, não regidas, inclusive, pelo direito dito comum, estando eles cientes de que aos comerciantes se aplica o seu próprio direito, reconhecendo-lhes a prerrogativa de viver segundo esse mesmo direito.

Conforme o autor, a aplicação da *lex mercatoria* se dá sem mediação da sociedade política. Ela não é um direito estrangeiro, nem aplicável a estrangeiros, mas sim um corpo de normas jurídicas aplicável a uma categoria, independentemente da nacionalidade. É determinada pela atividade dos que a ela se submetem, e não pela origem da pessoa, e em razão disso é um direito de classe. (GUERREIRO, 1993, p. 87).

Maristela Basso (2011, p. 106-107), por sua vez, entende que a *lex mercatoria* é uma ordem normativa com caráter de verdadeiro direito transnacional:

A nova *lex mercatoria* sugere uma ordem normativa de regulação dos problemas dos comerciantes internacionais (numa perspectiva atual das empresas), contando com normas substantivas e também mecanismos de adjudicação de litígios que se desenvolveram paralelamente àqueles consolidados pelos órgãos judiciários estatais. Na importante lição da doutrina, a nova *lex mercatoria* manifesta-se por um conjunto de fontes específicas, como os usos e práticas do comércio internacional, os contratos-tipo, regulamentos autônomos de associações de comerciantes e de câmaras de comércio, decisões em arbitragens comerciais internacionais e outros expedientes técnico-normativos capazes de disciplinar as relações jurídicas identificadas na empresarialidade internacional. Resumidamente, esse direito especial dos comerciantes internacionais (New Law Merchant) se funda em dois pilares: um *substrato material* assentado pelos usos e costumes, contratos-tipo, cláusulas gerais de contratação internacional, e um *substrato contencioso*, que se caracteriza por mecanismos ou instâncias de solução e autointegração de litígios transnacionais e de sanção, que vinculam as partes envolvidas.

Basso (2011, p. 106) admite, então, a existência de um novo sistema normativo criado pelo comércio internacional, regulamentando suas próprias atividades e sancionando comportamentos indesejados, de forma desvinculada da autoridade estatal. Contudo, esse poder não seria ilimitado, estando o seu conteúdo sujeito à prévia análise de efeitos na ordem estatal do país de execução, através da ordem pública, a exemplo do reconhecimento de um laudo arbitral estrangeiro.

Essa também é a posição de Frank Boddack (2005, p. 52) que não só reconhece a existência da *lex mercatoria* como também acredita que ela compõe um verdadeiro sistema de direito.

Para os fins desse trabalho entende-se que a nova *lex mercatoria* é a principal consequência da expansão do comércio internacional, sendo, portanto, um conjunto de normas e princípios elaborados pelos próprios atores do comércio para suprir as necessidades advindas de suas atividades.

1.3 FORMAÇÃO E CARÁTER NORMATIVO DA *LEX MERCATORIA*

Alguns fatores são essenciais para a formação da *lex mercatoria*. Dentre os principais, tem-se: a internacionalização da produção e do próprio comércio; a necessidade de consumação adequada dos negócios internacionais e a necessidade de garantias plurivinculativas. (STRENGER, 1996, p. 22-23)

Correta é a assertiva de Vinogradoff *apud* Bewes (1986, p. 13-14), de que o direito, em vários ramos, não surge pela mera expressão da lei, nem mesmo pelo conflito. O direito surge sempre da necessidade que emerge nas relações sociais de organizá-las, possibilitando o alcance do resultado final almejado. Sendo assim, não raras vezes o direito surge da utilização de um costume não litigioso.

Com a *lex mercatoria*, não foi diferente. Os mercadores precisavam se organizar, preparando suas mercadorias, regulamentando a forma como elas seriam embaladas, transportadas, quais seriam os instrumentos de troca, que garantias deveria haver no caso de perda da mercadoria, entre outros. Esses usos se fortaleceram tanto que se tornaram uma norma consuetudinária respeitada por toda a comunidade mercadora.

Muitas dessas regras costumeiras que passaram a compor a *lex mercatoria*, foram incorporadas mais adiante a sistemas jurídicos, a exemplo dos países da Common Law⁵, sendo utilizados tanto para as transações domésticas, quanto para as internacionais. (BEWES, 1986, p. 16-18).

Contudo, antes de adentrar mais sobre a formação da própria *lex mercatoria*, se faz necessário explanar um pouco sobre o comércio internacional, para melhor compreensão. Essa modalidade de comércio nada mais é do que a troca de mercadorias realizada entre pessoas, físicas ou jurídicas, de pelo menos duas nacionalidades (STRENGER, 1996, p. 21-22). Atualmente, com o advento da globalização, essa relação é frequentemente plurilateral e plurinacional, podendo envolver até (ou mais de) uma dezena de pessoas de nações diferentes.

Segundo Pillet apud Strenger (1996, p. 27) “o comércio internacional é um fato puro, mas um fato que deu origem a todo o direito internacional”.

À vista disso, é preciso salientar que o comércio internacional tem certas especificidades econômicas, técnicas e sociais, todas desenvolvidas dentro do âmbito internacional, levando ao fato de que seus atos sejam todos no sentido de suprir suas necessidades e exigências, das quais vão muito além do âmbito do direito nacional.

Sendo assim, o comércio internacional é uma prática que demanda um regime apropriado e a ele favorável, tornando-se essencial a existência de um processo criativo próprio. Strenger (1996, p. 28) entende:

O comércio internacional se circunscreve às suas próprias necessidades com tendências isolacionistas e uma incessante busca de auto-satisfação, sem considerar a hipótese de qualquer submissão legal que não seja aquela oriunda das exigências manifestadas através da atuação desempenhada e na qual se procura atender recíprocas conveniências.

⁵ O sistema da *Common Law* teve sua origem com a conquista da Normandia, quando a sociedade deixou de ser tribal e passou a ser feudalista. Inicialmente, tratava-se de um direito excessivamente formalista, o que gerou certo desprestígio deste sistema. Deste modo, reformas no sistema foram necessárias, para suprir as injustiças e evitar a sua substituição por outro sistema existente na época, a *equity*. Atualmente, o sistema da *common law* está presente em toda a comunidade britânica, com exceção da Escócia, e em quase todos os Estados da Federação Norte Americana (PORTO, p. 2-4).

Em sua estrutura inicial, a *common law* era uma lei privada, na qual tratava normalmente do direito de propriedade, utilizada para reger as relações dos monarcas com seus vassalos. Logo após, ela expandiu sua aplicação à legislação pública (FIGUEIRA, 1999, p. 69).

Conforme Figueira Júnior (1999, p. 67), a principal característica da *common law* é a constituição da normatização através de precedentes judiciais, em detrimento de um conjunto de normas previamente estabelecidas. Assim, formam-se precedentes com força vinculante, que podem servir de embasamento para julgamentos futuros. Entretanto, tais precedentes devem sempre respeitar as resoluções dos tribunais superiores, em prol da segurança jurídica (PORTO, p. 7-9).

Outras características importantes são a capacidade de sustentar mudanças e a utilização da lei como uma hipótese de solução do caso, e não uma solução única e absoluta. Claro que isso não significa que na *common law* não há leis escritas. Estas sim, existem. Entretanto, o juiz cria direito ao modifica-las ou simplesmente interpretá-las de acordo com a particularidade de cada caso, criando assim, um precedente (FIGUEIRA, 1999, p. 72-73).

Como requisitos para a aplicação destes precedentes, têm-se a análise das similaridades dos casos, para a manutenção do princípio da isonomia e a não obrigatoriedade de vinculação às decisões anteriores, podendo o juiz modificar os pontos errôneos das decisões (PORTO, p. 14). Assim, a coisa julgada também se torna uma fonte de direito para resolução dos casos futuros (PORTO, p. 22).

Essa é justamente a razão de as intervenções do legislador nacional no âmbito comercial serem normalmente ineficazes. Não há como haver uma solução nacional aceitável que possa submeter o âmbito internacional, visto que o Estado não tem força impositiva nas relações jurídicas que se dão além de sua soberania (STRENGER, 1996, p. 29).

Ademais, as relações jurídicas comerciais internacionais ocorrem de duas formas: ou elas são ligadas a algum ordenamento estatal, por livre escolha das partes, fazendo o uso do princípio da autonomia da vontade, ou podem ser fundadas em qualquer outro sistema internacional, fundado em princípios de direito ou qualquer base semelhante, sem ligação direta e necessária aos ordenamentos estatais.

Há grande alteridade na formação do direito nacional e na formação da *lex mercatoria*.

O direito nacional, normalmente, é formado pela codificação da jurisprudência e pela positivação de práticas sociais, enquanto a normatização comercial internacional se dá pelo grande esforço das organizações internacionais, sejam elas intergovernamentais ou não, e pela própria sociedade de mercadores, buscando para criar parâmetros e condições gerais do comércio, nos âmbitos regionais e mundiais, para além dos esforços monopolistas do Estado. A ideia de tais organizações é a de unificar e harmonizar as práticas e normas dos diversos sistemas jurídicos, envolvidos nas relações comerciais internacionais. (BEWES, 1986, p. 13-15; STRENGER, 1996, p. 31)

As distinções também estão presentes na formação da antiga e da nova *lex mercatoria*.

Ressalta Guerreiro (1993, p. 98) que a antiga *lex mercatoria* surgiu dos usos e costumes do comércio, dos quais adquiriram vigência legal. Já a nova *lex mercatoria* (ou *law merchant*) forma-se a partir justamente das próprias instituições especializadas, através da criação de convenções internacionais, leis-modelo, ou até por documentos disponibilizados ao público por associações privadas como a Câmara de Comércio Internacional.

Para Schimitoff apud Guerreiro (1993, p. 86), a atuação dessas instituições ou associações para consagração da nova *lex mercatoria* fez com que os usos e costumes do comércio internacional perdessem parte de seu caráter informal, pois agora não mais gozam de reconhecimento automático. Reitera o autor que se faz necessário que tais usos e costumes sejam reconhecidos e certificados por alguma instituição, e somente a partir daí passam a gozar de aplicabilidade e reconhecimento como nova *lex mercatoria*.

É justamente essa necessidade de certificação prévia pelas instituições especializadas que confere o caráter normativo a nova *lex mercatoria*. Percebe-se, então, que o comércio internacional contemporâneo regula suas relações econômicas por meio desse processo, realizado pela própria classe dos comerciantes ou agentes do comércio internacional. (GUERREIRO, 1993, p. 89).

Conforme Strenger (1996, p. 74), o comércio internacional possui essa tendência cada vez mais saliente de se transformar em uma espécie de *ius comune*, gozando de direito material próprio. Como se pode perceber, todo o histórico da própria *lex mercatoria* e do comércio internacional traz essa tendência, pois sempre era necessária a formação de normas próprias e adequadas para suprir as necessidades dos mercadores em suas relações.

Assim, a própria natureza do comércio internacional leva a necessidade de formulação de um direito transnacional, para que as relações econômicas oriundas das suas atividades sejam disciplinadas, edificando um corpo de normas fundamentais e vinculantes. Justamente por isso que Strenger (1996, p. 24) afirma que a *lex mercatoria* é a “única e melhor identificação do comércio internacional operativamente considerado, mesmo que divergências ocorram quanto ao seu significado essencial”.

Por tais razões, a hipótese de aceitação da *lex mercatoria* parece ser a mais fundada para compreender o comércio internacional, por ser a mais conexa ao próprio conceito do comércio internacional. Deste modo, independe a definição do termo *lex mercatoria* (seja ela reconhecida como sistema jurídico, direito, princípio, mero uso ou mero costume), não há como negar a existência de uma normatização independente que rege a *societas mercatorum*, nem que seja, ao menos, nas relações em que as partes assim contratam. Enquanto houver um consenso das partes no tocante a essa normatização, não há como existir interferência estatal ante o respeito às normas escritas ou não desse sistema (STRENGER, 1996, p. 29).

Conforme Mazzuoli (2002, p. 86), em um estudo baseado nas concepções de Goldman, uma normatização precisa preencher três requisitos para ser considerada jurídica: primeiro, deve representar uma prescrição cogente, a fim de gozar do caráter de regra; segundo, deve ser emanada de uma autoridade; terceiro, é preciso possuir um caráter sancionatório.

Nesse sentido, a *lex mercatoria* seria dotada do caráter de regra, afinal, mesmo que a as suas disposições não possuam um instrumento coator direto, aderir às normatizações

da *lex mercatoria* acaba sendo uma condição para as empresas que desejam atuar no comércio internacional, causando certa pressão sobre elas (MAZZUOLI, 2002, p. 88-89).

Quanto ao segundo requisito, a *lex mercatoria* emana, de certo modo, de uma autoridade profissional. Entretanto, a aplicabilidade das suas normas está condicionada à prévia permissão no ordenamento jurídico do país-sede das partes, o que torna complicado aceitar essa autoridade de forma absoluta. Para tanto, nem a ideia de norma passível de aplicação em procedimentos arbitrais é capaz de conferir a certeza de norma emanada de uma autoridade (MAZZUOLI, 2002, p. 90-92).

No tocante ao caráter sancionatório, na concepção de Goldman, este pode ser reconhecido no seio da *lex mercatoria* em razão do alto cumprimento espontâneo das decisões arbitrais, as sanções corporativas, as sanções morais⁶ e sanções pecuniárias previamente arrançadas (GOLDMAN apud MAZZUOLI, 2002, p. 92-93).

Strenger (1996, p. 53), afirma que essa sanção se dá de forma imprópria, visto que o poder coercitivo que proporciona a possibilidade de aplicação de sanções é monopólio dos Estados. Assim, ela se dá através de estipulações em cláusulas contratuais, do poder interventivo dos árbitros para reestabelecer o equilíbrio econômico, além das sanções indiretas⁷.

Deste modo, a *lex mercatoria* seria sim dotada de sanção, mas esta seria distinta das sanções estatais.

Uma vez considerados esses fatores, Mazzuoli (2002, p. 93-95) conclui que a *lex mercatoria*, mesmo que inserida formal e substancialmente no âmbito do direito, ainda não forma um sistema jurídico completo, correspondendo, ao menos por enquanto, a um somatório de regras individuais⁸.

Há, por fim, outro elemento importante que caracteriza a *lex mercatoria* como um sistema de normas, ou, ao menos o embrião de tal sistema, a efetividade.

⁶ Um exemplo de sanção moral, nesse caso, seria a publicação da decisão arbitral condenatória para repreender o descumpridor, repercutindo em suas relações comerciais futuras. (MAZZUOLI, 2002, P. 93-95).

⁷ Nesse sentido, em uma concepção semelhante à de sanções morais para Mazzuoli, as sanções indiretas para Strenger (1996, p. 53) seriam: boicotes, lista negra, não admissão a concorrências, exigência de maiores garantias e condições de pagamento que marginalizam o inadimplente no mercado.

⁸ Com exceção dos contratos-tipo, estes que na concepção de Goldman representariam sim verdadeiras normas jurídicas (MAZZUOLI, 2002, p. 94)

A efetividade se dá principalmente por um sentimento das partes, que não excluem ou renunciam a sua aplicação e o mesmo ocorre com os árbitros, sendo que a própria arbitragem, atuando como um sistema jurisdicional da *lex mercatoria* garante tal efetividade.

Ainda, quanto à natureza independente da *lex mercatoria*, os eventuais vínculos com a legislação estatal não a excluem, ou seja, utilizar a lei nacional para resolver um conflito como questionar a capacidade de uma das partes através da jurisdição nacional não torna a *lex mercatoria* ineficaz ou inexistente. Muito pelo contrário, apenas garante a sua eficácia plena, tendo em vista a mera discussão sobre a capacidade plena do contratante que a ela se submeteu, sem abertura para eventual discussão da possibilidade de escolha ou não reconhece a *lex mercatoria* como norma vinculante do contrato.

1.4 FONTES, EXTENSÃO E ESCOPO DA *LEX MERCATORIA*

Os usos e costumes utilizados na *lex mercatoria* têm início tanto na sociedade nacional, como na internacional. Ainda, não há sentido em diferenciar a origem estatal ou não do costume, visto que o fator importante é que todo uso e costume emana da sociedade, e não do Estado, de forma cogente.

Assim, os costumes aplicados na *lex mercatoria* são limitados aos costumes amplamente reconhecidos e aplicados como regra pela sociedade dos nacionais em questão.

No caso da sociedade comercial, alguns costumes são tidos como universais, como os créditos documentários, os *Incoterms*⁹ e as garantias contratuais (STRENGER, 1996, p. 31).

Do mesmo modo, podem existir costumes que não sejam aceitos por certas comunidades nacionais, levando alguns membros da sociedade internacional a não reconhecê-los. E é deste modo que se inicia o problema no tocante à extensão da *lex mercatoria*.

O que as organizações internacionais¹⁰, governamentais ou não, ligadas ao comércio pretendem com o fomento de certas práticas é a formação de um direito comercial

⁹ As *Incoterms* – *International Commercial Terms* – são regras internacionais para a interpretação de termos comerciais, emanadas pela Câmara de Comércio Internacional - CCI. De acordo com Strenger (1998, p. 261) o fim almejado pelas *Incoterms* é harmonização dos negócios internacionais, evitando incertezas e inseguranças, através do tratamento dos possíveis entraves no comércio internacional. São mais utilizados nos contratos de compra e venda internacionais e no âmbito dos transportes (CAMPOS, 2003, p. 15). A lista completa das *Incoterms* pode ser encontrada no Portal Brasil Global Net, através do site: <<http://www.brasilglobalnet.gov.br/arquivos/glossario/gloincotermosp.pdf>>.

¹⁰ A principal de todas as organizações internacionais para o comércio internacional e a *lex mercatoria* é a Câmara de Comércio Internacional de Paris, a CCI. Outras instituições importantes são a UNIDROIT e a UNCITRAL.

uniforme no âmbito mundial e, caso a formação de um direito próprio não seja possível, uma *lex mercatoria universallis*, que começa agora a germinar. (STRENGER, 1996, p. 32)

Goldman apud Guerreiro (1993, p. 90), ressalta que as fontes e a aplicação prática da *lex mercatoria* são:

[...] práticas profissionais codificadas, as cláusulas contratuais reiteradas e os próprios contratos-tipo havidos como standards no contexto do comércio internacional teriam a função de revelar o direito vigente em tal contexto. A par desse conjunto de usos e costumes, uma segunda fonte da *lex mercatoria* seria identificado na própria jurisprudência arbitral, da qual seria legítimo deduzir princípio.

Nesse contexto, as práticas profissionais codificadas transcendem os limites estatais e são consequências dos modelos adotados pelos comerciantes internacionais, de modo uniforme e continuado. Para cada necessidade própria do comércio internacional, é criada uma norma para atendê-la. Os eventuais conflitos são constantemente levados à apreciação de um juiz arbitral, justamente pela necessidade de manter o atendimento aos fins necessários do comércio internacional.

Os contratos-tipo são cláusulas *standard* de regras e práticas nos contratos comerciais internacionais, estas que substituem as legislações nacionais. Trata-se, aqui, de uma forma de uniformizar a regulamentação própria do comércio internacional nas relações comerciais, tornando-se uma fonte fundamental do comércio. Tais cláusulas possuem regras gerais com força de direito (GUERREIRO, 1996, p. 72-73).

Por fim, a jurisprudência arbitral internacional aferiu certo caráter normativo às decisões arbitrais internacionais, a partir do momento em que a *ratio decidendi* das câmaras passa a ser reiterada, inspirando outras câmaras e criando precedentes¹¹. Isso cria, também, um certo grau de previsibilidade das normas de comércio internacional, fazendo com que seja possível prever as possíveis soluções do conflito, através dos precedentes arbitrais, dando mais segurança jurídica.

Guerreiro (1996, p. 91) ressalta a importância da jurisprudência arbitral como fonte da *lex mercatoria*:

[...] é importante salientar que a doutrina da *lex mercatoria* não constitui uma concepção abstrata, mas, resulta, ao contrário, da verificação da realidade, uma vez que a construção teórica foi deduzida, em parte substancial, da própria jurisprudência arbitral.

¹¹ Ressalte-se que aqui o sigilo da arbitragem não está prejudicado, pois “só se fará público o laudo nos seguintes casos: por acordo das partes; por exigência legal ou quando a publicidade se fizer necessária em virtude de outro processo judicial ou extrajudicial relacionado com o laudo” (ANDRIGHI, 1996, p. 21).

Baddack (2005, p. 52) amplia um pouco essa noção de fontes da *lex mercatoria*, adicionando os usos e costumes, o direito internacional público, as convenções internacionais, os princípios gerais de direito, as políticas públicas dos países na aceitação da própria *lex mercatoria*¹² e as compilações acerca da *lex mercatoria* publicadas por estudiosos do direito comparado (BADDACK, 2005, p. 52)

Dentre tais fontes, é importante destacar que os princípios, usos e costumes constituintes da *lex mercatoria* ganham juridicidade através da arbitragem, atribuindo-lhe a qualidade de verdadeiro direito. (GUERREIRO, 1996, p. 93)

Esse entendimento é corroborado, por exemplo, pelo art. 7º, I, da Convenção Européia de Arbitragem de 1961, também conhecida como Convenção de Genebra de Arbitragem de 1961¹³, bem como pelas regras de arbitragem da Uncitral ao tratar da arbitragem através do uso de leis ou direito, sendo que, se a *lex mercatoria* não representasse um direito, não caberia aos árbitros a aplicarem.

Mesmo com a existência atualmente do problema de alcance da *lex mercatoria*, a tendência é que ele diminua e possa existir no futuro uma *lex mercatoria* universal, ou até que esta seja reconhecida propriamente como um direito transnacional, plenamente aceito. Assim, sua existência não pode ser negada, já que ela é uma realidade fática e o comércio internacional não transige quanto às formas operacionais que utiliza e tem sucesso (STRENGER, 1996, p. 31; 84-85).

Importante também fazer aqui uma análise dos vínculos essenciais do comércio internacional com a *lex mercatoria*.

O comércio internacional é um fenômeno fático e através dele é possível delimitar que os usos e costumes praticados em suas relações gozam de verdadeiro caráter de direito objetivo, pertencente não apenas a um ente Estatal, mas sim à *societas mercatorum*.

O principal problema desse “direito” criado pela, e para, a *societas mercatorum* é que esta não goza de soberania e, conseqüentemente, de poder coercitivo nos termos das leis estatais. Por tal motivo, segundo Strenger (1996, p. 27) alguns juristas entendem a nova *lex mercatoria* como “práticas contratuais internacionalmente uniformes”.

¹² Nesse caso têm-se como exemplo a autonomia da vontade e o controle estatal da ordem pública, analisado através do procedimento de homolação de sentenças arbitrais estrangeiras.

¹³ Article VII. Applicable law. 1. The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages.

Por fim, não existe um único regime do comércio internacional, mas sim diversas regulamentações que dele o tratam.

A grande prova disso, conforme Strenger (1996, p. 27) é a imensa quantidade de:

[...] acordos comerciais bilaterais e multilaterais, o grande número de organizações internacionais ou instituições (de alcance mundial ou regional), competentes em matéria de comércio internacional, bem assim fatores que demonstram não existir regime único aplicável ao comércio internacional, mas diversas regulamentações.

1.5 INSTRUMENTALIZAÇÃO DA *LEX MERCATORIA*

O principal dos instrumentos consolidados pela *lex mercatoria* é o contrato-tipo. Frequentemente, os contratos-tipo são retratados pelas *Incoterms*. Estas são regulamentações e modelos de cláusulas emitidos pela Câmara de Comércio Internacional de Paris, para tratar da responsabilidade das partes no transporte de mercadorias (CAMPOS, 2003, p. 15).

Outros instrumentos importantes de alcance da *lex mercatoria* são as operações internacionais de crédito, traduzidas por meio de documentos financeiros com autonomia e garantias, tendo como principal expoente o crédito documentário. Este é caracterizado por uma promessa bancária de envio do dinheiro apenas após a liberação e remessa de documentos necessários para efetuar o pagamento (STRENGER, 1996, p. 64-65).

A razão de existir o crédito documentário é a desconfiança entre as partes, por razão da distância, diferença legislativa e a incerteza jurídica. O crédito documentário se consolidou pela prática e pela cooperação bancária, que segue as normatizações da CCI, sem utilizar legislação nacional para tratar dos créditos documentários. (Regras e Usos Uniformes de Crédito Documentário da CCI de 1933 – revisado em 51, 52, 83, 93 – nº 500, CCI). A Unicitral a adotou em 1975 e é um exemplo clássico de *lex mercatoria*. (STRENGER, 1996, p. 64-66)

Quanto aos transportes internacionais, estes trazem a tendência uniformizadora mais antiga de todas. Já em 1888 foi criada a *Convention International des Merchandises* de Berna, que tratava da quantidade de carga, dos processos de carga e descarga das mercadorias em portos, estadias, prêmio de aceleração, pesagem, tiragem, comissão de recomendação e corretagem. Estas tendências são consolidadas na jurisprudência dos tribunais comuns especiais (STRENGER, 1996, p. 66-67).

Por fim, um instrumento essencial à *lex mercatoria* são as sociedades profissionais internacionais, responsáveis pela própria consagração dos princípios comerciais.

Há dois tipos de sociedades comerciais: [1] criadas por tratado, consorciadas, mas com predominância do estatuto próprio; [2] criadas pelo agrupamento de empresas para cumprir objetivos comuns em forma de cooperação. De qualquer modo, sempre atuam desligadas das leis nacionais que possam trazer entraves à suas atividades. (STRENGER, 1996, p. 67-68)

1.6 CRÍTICAS À *LEX MERCATORIA*

Lagarde apud Guerreiro (1993, p. 97) critica a *lex mercatoria*, afirmando que esta não se trata de um ordenamento jurídico, pois carece de suficiente organização social. Não há uma *societas mercatorum* capaz de desenvolver tal sistema de regras e não há coesão o suficiente dentro da sociedade internacional dos comerciantes para a criação de um direito próprio.

O maior crítico da *lex mercatoria* é, sem dúvidas, Kassis. Para Kassis apud Guerreiro (1993, p. 99) não há como haver qualquer tipo de direito, seja anacional ou transnacional, fora do seio positivista estatal. Os usos, costumes e princípios do comércio internacional nada mais são do que o reflexo do ponto comum dos ordenamentos jurídicos nacionais. A *lex mercatoria* não é nem sistema, nem ordem jurídica e nega a sua existência. Considera, ainda, que as regras da CCI não são normatizações, mas sim meras recomendações.

Guerreiro (1993, p. 94-95) apresenta dois grandes problemas relacionados à *lex mercatoria*: [1] a *societas mercatorum* constituiria propriamente uma organização/instituição social capaz de produzir normas jurídicas aplicáveis, em sua especificidade? E, [2] seria possível a sistematização dessas normas jurídicas em caráter autônomo, ou seja, sem a dependência das normas positivadas na ordem interna dos Estados soberanos e independente das normas de direito internacional público? Afirma o autor que caso a resposta seja positiva em ambas as assertivas, a *lex mercatoria* pode ser considerada uma ordem jurídica própria e autônoma, podendo até haver sanções a serem aplicadas.

Ora, entende-se aqui que sim, a *societas mercatorum* pode sim representar uma organização social capaz de produzir normas jurídicas para reger suas relações. Inclusive, como bem ressaltado por Strenger (1996, p. 31), essa normatização por parte das organizações internacionais já se dá, sejam tais organizações governamentais ou não. No entanto, apesar de ser positivo um sistema independente, a *lex mercatoria* não pode ser vista com a mesma

rigidez de um sistema positivado, pois isso acabaria por prejudicar o próprio caráter itinerante do comércio.

Assim, Guerreiro (1993, p. 97) entende que a *lex mercatoria* não pode ser ignorada e merece seu reconhecimento expresso pelos tribunais, mesmo que não incondicionalmente. Para ele, a nova *lex mercatoria* representa um marco “revolucionário no direito contemporâneo”, se não isso, então “a abertura de novos caminhos e de novas possibilidades para a composição de situações contenciosas no comércio internacional”.

A desnacionalização dos contratos de arbitragem tem sido um fenômeno impossível de ser ignorado, sendo a utilização da *lex mercatoria* cada vez mais presente com intuito de proporcionar decisões mais eficientes e equitativas, mas que ainda podem apresentar algum risco na impossibilidade de calcular o resultado final. Na prática, tais resultados têm sido mais neutros, equitativos e eficientes, mas pode também ser completamente imprevisíveis.

Já no caso dos métodos tradicionais de solução dos conflitos atinentes ao direito internacional privado trazem maior certeza e previsibilidade quanto a forma de aplicação do direito. Contudo, as decisões dadas dessa forma não vêm logrando êxito em levar as partes à decisões razoáveis e equitativas. Isso porque o direito das nações envolvidas nem sempre pode ser o mais adequado para resolver os conflitos das partes, podendo até ser prejudicial ou omissos para o caso¹⁴.

Assim, afirma Guerreiro (1993, p. 98):

A moderna *lex mercatoria* busca seus principais fundamentos no caráter normativo dos usos e costumes verificados no comércio internacional. Esses usos e costumes seria, assim, erigidos à dignidade de regras de direito, assumindo função primordial no contexto da doutrina, que, nesse passo, confere à *lex mercatoria* a qualidade de verdadeiro direito consuetudinário, tal como substancialmente foi o *ius mercatorum* medieval.

O costume, como bem retratado por Miguel Reale (2010, p. 143), é a fonte originária do direito primitivo e, conseqüentemente, do direito atual. Foi a partir dele que as regras jurídicas começaram a se formar no meio social. Contudo, o problema dessa assertiva é que nem sempre os usos e costumes tem a mesma concepção. O seu tratamento é diferente nos diversos ordenamentos, sendo que alguns os incorporam com maior facilidade, enquanto

¹⁴ Um bom exemplo disso foi o caso Aramco, relativo à disputa entre a Arabian American Oil Company – Aramco – e a Arábia Saudita foi feito um contrato de transporte de petróleo, sendo os conflitos submetidos à arbitragem. Não foi designado no contrato o direito aplicável e o direito dos países das partes não se mostravam adequados para a solução da demanda. Assim, da legislação das nações envolvidas foi afastada em nome do princípio da igualdade e foi invocado o princípio da autonomia da vontade, tendo sido a lide julgada através de normas básicas de Direito Internacional, bem como pela aplicação dos princípios gerais do direito aplicados ao objeto da demanda – o petróleo (ROQUE, 2012).

outros, a exemplo do Brasil, os vê apenas de forma supletiva, sendo um critério de integração de normas jurídicas, após prévia apreciação estatal¹⁵.

Conforme Dixon (2007, p. 30), o costume no âmbito do direito internacional evoluiu dos costumes nacionais, das práticas estatais e dos princípios gerais de direito. Afirma, ainda, que mesmo que os tratados ocupem atualmente a função primária de fonte de direito internacional, as normas neles estabelecidas decorrem do próprio costume. É graças ao costume que é possível a evolução de um direito internacional de acordo com as necessidades de cada tempo, suprindo as eventuais lacunas existentes nos tratados internacionais e evitando que eles percam sentido com o tempo (DIXON, 2007, p. 31).

Deste modo, um entendimento restritivo a *Lex mercatoria* restaria infundado. Como pode ser observado, nas relações internacionais existe a possibilidade de formação de um direito para além da esfera de positividade do aparato estatal. O fundamento para essa formação legítima de um direito é justamente o costume, sendo perfeitamente possível a formação de uma *lex mercatoria*, como um direito costumeiro propriamente dito.

Não há, internacionalmente, uma fonte “pública” das normas que são aplicadas. Não há uma autoridade que trate do quanto um costume internacional precise ser reiterado e sob quais condições isso deve ocorrer para que passe a ter caráter normativo. Portanto, a sua positividade e obrigatoriedade jamais pode ser medida de maneira idêntica que é medida a positividade dentro do âmbito estatal. Guerreiro (1993, p. 100), então, corrobora a análise de Fouchard, visto que a aplicação dos usos e costumes internacionais descrita nos dispositivos citados encontra-se no âmbito do juízo *secundum legem*, ao invés do juízo de equidade, e, portanto, comprovam a existente juridicidade desses instrumentos.

Ainda, ensina Reale (2010, p. 158) que tal juridicidade é conferida pela própria aceitação/aprovação (*opinio iuris seu necessitatis*), sendo que que “o costume adquire a qualidade de costume jurídico quando passa a se referir intencionalmente a valores de direito”.

Entretanto, ao tratar-se da *lex mercatoria*, tal aceitação não precisa ser absoluta, afinal, são costumes profissionais e corporativos, aplicados dentro de um âmbito restrito e específico. Para tanto, o reconhecimento e aceitação pelas instituições do comércio internacional, responsáveis pela a sua solidificação e consagração, a exemplo da CCI, e pelas

¹⁵ Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Art. 4^ª Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

partes que a estes regimentos voluntariamente se submetem, são suficientes para permitir sua sua aplicação obrigatória, inequívoca e imediata.

Para Guerreiro (1993, p. 101) o grande problema é que o positivismo jurídico atual está diretamente ligado ao estatualismo do direito, ao invés da noção de lei como expressão do jurídico. É uma atinência muito forte à formalidade da norma (vigência do escrito) e não da sua essência pura, ou seja, se não está escrito, não é lei. Um fator que colabora com esse pensamento restrito é a positivação/escrituração dos costumes. Não é raro um costume passar a estar escrito na lei. O grande ponto é que ele já gozava de juridicidade quando costume e passou a ser formalmente descrito, ao invés de se tornar jurídico por ter sido simplesmente formalizado.

É uma tradição ocidental, principalmente latina e nos países da *Civil law*¹⁶, que o direito precisa ser estatal e escrito para ser válido. Deve-se voltar para a ideia de que direito é o que traduz o jurídico e não o meramente escrito. Pode haver criação espontânea de direito nas comunidades sociais através dos usos e costumes, o que sempre houve, conforme o já aqui constatado.

Quanto à autonomia da *lex mercatoria*, Michaels (2007, p. 456) afirma que ela não seria um sistema legal, visto que os árbitros ainda precisavam importar regras de direito internacional privado dos estados, bem como tentar traduzir e aplicar os costumes internacionais a cada caso. Conforme o autor, não poderia um sistema legal evoluir dessa forma, enquanto os árbitros precisavam recorrer à outros institutos para conferir eficácia ao caso.

Conforme este autor, essa condição de direito autônomo somente poderia ser alcançada com a nova nova *lex mercatoria* (“*the new new lex mercatoria*”). Essa modificação no panorama da nova *lex mercatoria* seria perfeitamente possível, de acordo com Michaels (2007, p. 456-457), pelo agrupamento de instituições emanadoras das normas da *lex mercatoria* e pela codificação da *lex mercatoria*, através dos princípios da UNIDROIT. Contudo, atualmente as partes nem sempre optam pela utilização da *lex mercatoria*, nem sequer pela via arbitral, o que retira o caráter vinculativo da *lex mercatoria*. Sendo assim, o

¹⁶ Conforme Miguel Reale (2010, p. 141-142), há duas formas principais de elaboração do direito: a de tradição romanística (*Civil Law*, das nações latinas e germânicas) e a tradição anglo-americana (*Common Law*). O *civil law* seria caracterizado pelo primado do processo legislativo, sendo a fonte mais importante a lei e as outras fontes possuem uma fonte secundária. Esse tipo de tradição adquiriu essa qualidade com a revolução francesa, com base nas ideias de Jean-Jacques Rousseau, momento em que a lei passou a ser entendida como a única expressão autêntica da vontade geral de uma nação. Já os países com tradição do *common law*, conforme Reale (2010, p. 142), possuem uma espécie de direito misto, que decorre tanto do costume, quanto dos precedentes jurisprudenciais. O direito consolida-se, neste caso, por uma série de usos e costumes reiterados através da jurisprudência.

autor lembra que essa condição de verdadeiro ordenamento jurídico sem vínculos estatais ainda é apenas uma utopia, que talvez venha a ter lugar no futuro (MICHAELS, 2007, p. 4594-60).

A aceitação pelos ordenamentos jurídicos estatais em relação à *lex mercatoria* costuma se dar por uma razão muito simples: ela é essencialmente diferente do direito estatal e trata de assuntos que fogem da esfera pública, não afetando de forma alguma na soberania estatal (MICHAELS, 2007, p. 462). Nesse aspecto, alerta Michaels (2007, p. 462) que, enquanto a *lex mercatoria* manter essa natureza de regras sem sistematização jurídica autônoma, essa natureza essencialmente diferente da lei estatal será mantida, trazendo benefícios pela boa aceitação da *lex mercatoria*. Já, uma vez codificada, ela possuiria uma natureza semelhante à da lei estatal, o que provavelmente prejudicaria a sua aceitação pelos Estados, pois estes poderiam considerar uma intervenção em sua soberania.

Michaels (2007, p. 464), ainda, acredita que não faria sentido algum ter um sistema autônomo de leis comerciais no cenário internacional, sem vinculação à Estado algum, enquanto nem os próprios Estados possuem um sistema autônomo para regular o direito comercial. A criação do que conhecemos hoje como *lex mercatoria* não seria autônoma, mas sim uma criação decorrente da economia globalizada, em que instituições estatais e não estatais se juntaram para tornar possível uma regulamentação de um sistema global comercial. Deste modo, conforme Michaels (2007, p. 468), ela seria um sistema híbrido:

A lei, sem um estado é apenas uma contrapartida de uma lei no interior do estado. Ironicamente, tal concepção não enfraquece a importância do estado para a lei, mas a fortalece. Ela muda o estado a partir de plano tácito para o critério primordial com o qual nós diferenciamos os tipos de lei. Isso limita a nossa capacidade de pensar criativamente sobre a lei em aspectos cruciais. Quando falamos de lei, sem um estado, nós imaginamos uma lei que reproduz a forma em que se conhece a lei do Estado, com as normas codificadas e um sistema hierárquico de tomadores de decisões judiciais. Uma *lex mercatoria* que transcende a distinção entre leis estatais e não-estatais, pelo contrário, deve nos permitir realmente imaginar não apenas a lei fora do Estado, mas além até mesmo da distinção entre Estado e não- Estado, completamente fora do quadro estatal.

"Lei sem um Estado" pode ter sido um conceito necessário superar a ideia de que toda lei é estatal. No entanto, com a mera negação dessa ideia, ela carece potencial construtivo; suas implicações entram em colapso com negação ou com a replicação de lei no interior do estado. Devemos deixar isso para trás e dedicar a nossa atenção para a lei que transcende esses limites e apresenta uma candidata mais credível para a globalização e um sistema jurídico mundial funcionalmente diferenciado: a lei para além do estado¹⁷.

¹⁷ Texto original: A law without a state is merely the counterpart of a law within the state. Ironically, such a conception does not weaken the importance of the state for the law, but strengthens it. It changes the state from a tacit back-ground assumption to the prime criterion with which we differentiate between kinds of law. This limits our ability to think creatively

Os princípios gerais de direito também podem integrar a *lex mercatoria*, principalmente os que tratam de questões inerentes ao comércio internacional e são reforçados pela jurisprudência arbitral e também incorporam essa noção de conjunto de normas transnacionais.

Conforme Guerreiro (1993, p. 102), tal pensamento é encontrado também em Goldman e Fouchard. Contrário a essa posição, Kassis alega serem tais princípios os mesmos do direito internacional em si e, conseqüentemente, convergentes aos princípios dos próprios direitos nacionais, não podendo haver um grupo de princípios de um direito anacional.

A crítica de Kassis aqui também impecede. Os princípios gerais que incorporam a *lex mercatoria* decorrem sim dos ordenamentos jurídicos internos. Contudo, não é isso que os traz juridicidade e validade.

É certo dizer que a sua aplicação é através de análises comparativas com os princípios oriundos de determinados ordenamentos, mas a sua efetividade não se dá pelo fato de ter sido emanado por um ou outro ordenamento positivo. Os princípios são aplicados por seu próprio valor normativo.

Como Guerreiro (1993, p. 103) indica, eles passam a ter “vigência eficácia por expressarem valores consagrados na experiência jurídica universal e não porque provenham de tal ou qual sistema jurídico-positivo”

A validade de princípios como regras juridicamente aceitas é confirmada pelo art. 38, c, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, segundo Guerreiro (1993, p. 105), para quem:

Apesar de todas essas necessárias ressalvas, hoje parece impossível não admitir, na prática do comércio internacional, a vigência de certas regras aceitas como tais por uma comunidade discernível, com a denominação ou coesão que tiver – e que aqui tem sido designada, por simplificação, como *societas mercatorum*. O elevado grau de cumprimento espontâneo de decisões arbitrais que acolhem, ainda que parcialmente, esse conjunto normativo e a generalizada adoção de contratos-tipo, cláusulas contratuais gerais, modelos, *standards* convencionais, costumes e preceitos com visível caráter de regulamentos indica que esteja em formação uma espécie de ordenamento supranacional que corresponda, ao menos de forma incipiente, a uma nova *lex mercatoria*. Por outro lado, a internacionalização da arbitragem institucional, com o explícito reconhecimento, em convenções firmadas por Estados

about the law in crucial ways. When we talk of law without a state, we imagine a law that reproduces the way in which we know law from the state, with codified norms and hierarchical system of adjudicatory decision makers. A *lex mercatoria* that transcends the distinction between state and non-state laws, by contrast, should enable us truly to imagine law not only outside the state, but outside even the distinction between state and non-state, outside the state framework altogether.

"Law without a state" may have been a necessary concept to overcome the idea that all law is state law. However, as the mere negation of that idea, it lacks constructive potential; its implications collapse into either the negation or the replication of law within the state. We should leave this behind and devote our attention to the law that transcends these boundaries and presents a more credible candidate for globalization and a functionally differentiated global legal system: law beyond the state.

soberanos, da latitude de suas decisões não necessariamente vinculadas a ordenamentos positivos estatais, marca outro indício, bastante revelador, de que se constrói, talvez gradualmente, esse conjunto normativo que, se não é ordem nem sistema, tende a sê-lo.

Para isso deve ser aceito o pluralismo jurídico e a identidade forte o suficiente da *societas mercatorum*, a ponto de produzir um ordenamento jurídico próprio.

Para explicar isso, Guerreiro (1993, p. 107-108) usa a concepção de Bobbio, em que o direito pode tanto ser concebido em sentido amplo, abrangendo as formas plurais ou institucionais; como em sentido estrito, restringindo-se ao direito estatal. Essas concepções não são verdadeiras ou falsas. São oportunas ou inoportunas, de acordo com o ponto de vista ideológico do jurista. Bobbio, por sua vez, considera a mais oportuna, a definição ampla.

Para a *Civil Law*, a lei é apenas aquela proveniente do poder estatal. Ou seja, quando não provém do Estado, não é lei. Nesse sistema há uma forma fechada e restrita de direito, na qual, o que vale é o posto e escrito, enquanto o consuetudinário não é valorizado. O outro sistema é o da *Common Law*, no qual é permitida a produção de normas por meio de um fenômeno social e espontâneo, ou seja, normas consuetudinárias (GUERREIRO, 1993, p. 108-110)¹⁸.

Ante à predominância do *Civil Law* no mundo se torna complicado promover a aceitação do uso da *lex mercatoria*, já que este é um conjunto de normas puramente consuetudinário.

De acordo com Strenger (1996, p. 49), o direito do comércio internacional não é afetado por diferenças socioeconômicas das partes. As dificuldades que as partes encontram nas suas diferenças é justamente o que levou à aplicação e a criação de institutos inseridos no contrato para atenderem suas necessidades. Assim, são abrangidos aspectos técnicos e jurídicos próprios de cada operação econômica, estruturados em um conjunto de normas que servirão de base para uma possível uniformização de um direito mais amplo. Tais regras são objetivas pela neutralidade das suas fontes e porque representam várias categorias econômicas interessadas.

¹⁸ Reale (2010, p. 142-143) afirma que as diferenças existentes entre os sistemas da *common law* e da *civil law* são decorrentes das diferenças culturais entre os países adeptos de cada um desses sistemas. Lembra o autor que isso não impede que um sistema influa diretamente no outro. Pelo contrário, tais influências têm sido crescentes, fazendo com que a lei ganhe certo grau de importância nos sistemas de *common law* e a jurisprudência se fortaleça na *civil law*. Contudo, essa aproximação e influências não são suficientes para modificar por completo a cultura social e jurídica destes sistemas. Nos sistemas de *civil law*, o primado ainda é do processo legislativo e na *common law*, o primado é o do precedente judicial (REALE, 2010, p. 154).

Destarte, os Estados não conseguem tratar do tema, pois há a grande incerteza dos conflitos de leis. A melhor solução, portanto, se dá pelos princípios da autonomia da vontade e da liberdade convencional. De certo modo, seria como se o Estado delegasse as partes o poder de “legislar”, dentro de certos limites, e estas criam uma espécie de “lei” e um “sistema” para interpretar a referida lei, bem como aplicá-la, com base no costume não nacional. (PAULSSON apud STRENGER, 1996, p. 51).

2 A LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA E A UTILIZAÇÃO DA *LEX MERCATORIA*

Neste segundo capítulo serão tratados, primeiramente, os meios alternativos de resolução dos conflitos, com foco na arbitragem. Analisaremos brevemente a inserção da arbitragem no Brasil e as algumas estipulações da Lei nº 9.307/96, para que seja possível tratar da utilização da *lex mercatoria* no âmbito da lei brasileira de arbitragem e os princípios que norteiam tal possibilidade.

2.1 A ARBITRAGEM, SEU CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Antes de adentrar na descrição da arbitragem, é importante ressaltar que este é um instituto difícil de ser conceituado e com características de árdua delimitação, em razão da complexidade de seus elementos (SANTOS, 2004, p. 23). Ressalta Santos (2004, p. 24), que existem quatro principais aspectos inerentes ao conceito de arbitragem: o julgamento do caso por um terceiro, escolhido pelas partes; a designação deste terceiro pelas partes; a vinculação da decisão arbitral à execução judicial; e a impossibilidade de apreciação do conflito pelo judiciário quando a arbitragem é escolhida validamente pelas partes. Assim, revelam-se dois aspectos da arbitragem: um aspecto contratual e outro jurisdicional (SANTOS, 2004, p. 32-33).

2.1.1 A natureza do conflito

Sabe-se que o ser humano é naturalmente beligerante em virtude de pretensões e necessidades ilimitadas, sendo impossível que todos as tenham saciadas.

Para Durkheim (1977, p. 284), o homem, ao contrário dos outros animais, não possui necessidades puramente materiais e instintivas, agregando-se a estas outras de cunho moral e social, como o poder econômico, o bem-estar, o conforto, o reconhecimento etc. O autor chamava tais necessidades de paixões e o grande problema delas é não possuírem nenhuma limitação natural. Sendo o homem incapaz da auto-limitação e não existindo nenhum limite exterior, os homens se tornariam insaciáveis e atormentados. Esta seria então a própria razão de existir do Direito.

Durkheim (1977, p. 284) asserta, ainda, que a sociedade é “[...] a única autoridade moral superior ao indivíduo e cuja superioridade este aceita”. Assim, os dogmas sociais, tipificados em lei ou não, exercem a função limitadora das paixões individuais.

Entretanto, mesmo com a existência de limites impostos pela sociedade, através das leis e de outros parâmetros sociais respeitados como se leis fossem¹⁹, os conflitos ainda existem, sendo então regulados e suavizados por meio dos institutos oferecidos pela própria sociedade.

Para Entelman o conflito existe quando um ou todos os agentes de uma relação social percebem os seus objetivos como incompatíveis. Diferentemente quando os agentes percebem os objetivos como comuns ou coincidentes têm-se relações de cooperação. (ENTELMAN, 2005, p. 49)

De acordo com Calmon (2007, p. 22) o conflito é sempre uma exceção nas relações sociais e ocorre quando o equilíbrio social almejado pela sociedade não é alcançado. Uma vez instaurado o conflito o mesmo deve ser resolvido para não se perpetuar. Existem diversas maneiras criadas pela sociedade para administrar os conflitos. Estas podem ser classificadas em: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

2.1.2 Métodos de soluções de conflitos

Como já vimos, o conflito é inerente a natureza humana e é impossível evitar totalmente o seu surgimento na sociedade. Os meios criados pela Sociedade para administrar os conflitos foram tradicionalmente classificados em métodos de autotutela, de autocomposição e de heterocomposição.

A autotutela é uma forma de composição de conflitos em que uma parte impõe sua vontade à outra, submetendo o mais fraco ao poder do mais forte. É uma das formas mais antigas de composição de conflitos. Contudo, ela não é mais bem vista, nem permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, salvo raras exceções, em casos muito específicos²⁰ (SANTOS, 2004, p. 15)

¹⁹ Importante lembrar que, mesmo quando não consagrados pelas legislações, os parâmetros morais, éticos religiosos são impostos pela sociedade como uma forma de repressão à certas condutas e podem trazer conflitos entre os indivíduos.

²⁰ No direito brasileiro, é resguardado à administração pública o direito de corrigir seus próprios atos quando irregulares ou ilegais, nos termos das súmulas 346 e 473 do STF. Outra forma de autotutela prevista na legislação brasileira é o desforço imediato, para manutenção da posse, previsto no art. 1.210, §1º do Código Civil. O direito de greve, os atos de legítima defesa, o penhor legal do art. 1.469 do Código Civil e o direito de retenção, por exemplo.

Já a autocomposição é um método em que as partes negociam, com ou sem a colaboração de terceiros, até alcançar uma solução. Ressalte-se que, quando há a intervenção de um terceiro, este sempre deverá ser imparcial e não gozar de poder decisório, ou seja, não deter o poder de impor as suas decisões. Sua atuação é a de promover a aproximação das partes, cabendo a estas decidir.

São formas de autocomposição a negociação, a mediação, a conciliação, o ombudsman, a advocacia colaborativa, entre outros.

Na negociação as partes fazem concessões recíprocas, visando colocar fim ao conflito. Assim, cada uma cede um pouco até o ponto em que ambas consigam realizar suas pretensões em parte e cesse o conflito.

A conciliação e a mediação são espécies autocompositivas mais complexas, visto que envolvem um terceiro intermediador. Na conciliação, o terceiro propõe soluções para as partes, e tenta fazê-las chegar a uma solução, desistindo do Estado-juiz.

O foco do conciliador é sempre o objeto da demanda, sendo que as soluções propostas pelo conciliador são embasadas no ordenamento jurídico que seria aplicável à demanda judicial, se esta existisse. A conciliação pode se dar com a existência de um processo judicial ou não, antes ou durante a tramitação da demanda (SANTOS, 2004, p. 19).

Na mediação, o terceiro sempre atua no sentido de manter uma boa comunicação entre as partes, auxiliando na busca de uma solução através do diálogo. Assim, a solução é construída pelas próprias partes, de modo que seja satisfatória para ambas (FIGUEIRA JR, 1999, p. 131).

O mediador busca fazer as partes se sentirem vitoriosas no conflito, seja qual for a solução final.

Outra prática interessante, muito semelhante aos institutos da mediação e da conciliação, é a advocacia colaborativa. Ainda há muito pouco dissertado acerca do tema, ante à sua tão curta existência.

Esse método surgiu nos Estados Unidos, no final da década de 80, para solucionar causas de direito de família e hoje está se difundindo em todos os ramos do direito. A advocacia colaborativa é uma prática em que as partes buscam cada uma um advogado e estes assinam um termo se comprometendo a não litigar na causa. Assim, as partes se sentem livres para tratar do problema com os advogados e eles as auxiliam na busca de uma solução, em

uma atuação muito semelhante a do conciliador, só que aqui, de forma conjunta e cada um defendendo os interesses de seu cliente (HOMEYER, AMATO, p. 26).

Os métodos heterocompositivos principais são dois: a forma judicial e a arbitragem.

O aspecto em comum entre as duas espécies é o poder decisório conferido ao terceiro presente na relação. Enquanto na conciliação e na mediação, os terceiros são proibidos de impor soluções às partes, na forma judicial e na arbitragem esta é a sua obrigação.

A forma judicial se traduz no direito de ação dirigido ao Poder Judiciário, solicitando ao Estado-juiz uma solução ao conflito. A decisão judicial vincula as partes e o juiz goza de poder coercitivo para garantir seu cumprimento. Tais poderes do juiz decorrem da própria sociedade e, principalmente, dos princípios do juiz natural e da investidura.

Por fim, a arbitragem é um método de resolução de conflitos dotado de confidencialidade em que as partes optam por retirar o conflito do seio judicial através da livre estipulação de um terceiro para resolver o conflito (VICENTE, 1990, p. 27). Essa estipulação se dá por contrato e a sua concretização pelo princípio do *pacta sunt servanda*.

Pamplona Silva (2006), mantém uma visão mais próxima do aspecto procedimental da arbitragem, definindo a arbitragem como um “*processo autônomo parajudiciário heterocompositivo*”.

Há que considere a arbitragem como uma espécie de jurisdição privada. Pamplona Silva (2006) é um desses doutrinadores, ressaltando, entretanto, que a legislação brasileira se difere do tratamento nos outros países, revestindo a arbitragem nacional com características distintas da jurisdição privada²¹. Os árbitros impõem a solução às partes, assim como ocorre na jurisdição. Contudo, a eficácia coercitiva das decisões arbitrais só se concretiza através da intervenção da via jurisdicional para homologação e execução do laudo arbitral. (HUCK, 1992, p. 23-25)

²¹ Conforme o autor, em artigo publicado em julho de 2006, “Após a longa discussão sobre a função jurisdicional, não é difícil afirmar que não haveria, portanto, a função jurisdicional fora do poder de império do Estado. Estaria a arbitragem brasileira, portanto, ferida de morte na sua fundamentação e constituição? Absolutamente.” [...] “A natureza da arbitragem brasileira, na forma da Lei nº 9.307/96, é diversa da jurisdição privada. A arbitragem brasileira possui características próprias, inéditas no direito comparado e com natureza ontológica própria”.

2.1.3 Principais características da arbitragem

Santos (2004, p. 28) classifica a arbitragem como: [a] *ad hoc* ou institucional; [b] obrigatória ou voluntária [c] de direito ou de equidade; e [d] formal ou informal; [e] nacional ou internacional.

Institucional é a arbitragem em que o litígio é submetido pelas partes à uma instituição especializada em arbitragem, seja ela pública ou privada, nacional ou internacional. Essa instituição irá regulamentar todo o procedimento arbitral e também será responsável por fiscalizar a sua regularidade (RECHSTEINER, 2001, p. 22). As arbitragens institucionalizadas têm crescido muito e estão sendo cada vez mais utilizadas, ante sua praticidade.

Já a arbitragem *ad hoc* é completamente organizada pelas partes, instituindo a arbitragem e as normas que regerão o litígio e os procedimentos arbitrais. Nessa modalidade as partes nomeiam um ou mais árbitros, sem se sujeitar a qualquer câmara de arbitragem. Também organizam o procedimento por meio de regras criadas ou escolhidas pelos próprios interessados, podendo delegar essa incumbência ao próprio árbitro.

A arbitragem voluntária, segundo Santos (2004, p. 28) é “*fundada na livre manifestação volitiva das partes*”, consagrada pela convenção das partes. A arbitragem voluntária é a regra nos sistemas jurídicos que permitem a arbitragem.

Para Moura Vicente (1990, p. 27) a arbitragem obrigatória/necessária se dá quando a imposição da arbitragem decorre de uma determinação legal. Nesta hipótese as partes são obrigadas a fazer o uso da arbitragem, o que se constitui como uma exceção à regra, já que um dos principais embasamentos da arbitragem é o princípio da autonomia da vontade. No Brasil não há previsão de arbitragem obrigatória.

Pelos critérios de julgamento, entende-se por arbitragem de direito aquela em que os árbitros decidem o conflito vinculado à determinadas normas jurídicas positivadas. As normas jurídicas a serem utilizadas são normalmente convencionadas pelas partes, mas tal escolha também pode ser delegada ao árbitro. Entre as regras de direito que podem ser escolhidas para fundamentar a sentença arbitral encontra-se a *lex mercatoria*.

Consoante Oliveira (2010, p. 04) a arbitragem de equidade é aquela em que a decisão dos árbitros é fundamentada de acordo com as convicções de justiça socialmente

aceitos. No Brasil, os árbitros somente são autorizados julgar por equidade quando previamente acordado pelas partes²².

Santos (2004, p. 29) trata, também, da informalidade ou formalidade da arbitragem. Entende-se por formal a arbitragem legalmente prevista e regulada por normas processuais de ordem pública. Sendo assim, ela produz efeitos jurisdicionais, como a coisa julgada material, impossibilitando que a matéria seja revista no judiciário, e a executoriedade via judicial.

Em contraponto, a arbitragem informal é a livremente organizada e regulada, pelos próprios envolvidos. Nesse caso, o procedimento não é regulado por nenhuma legislação específica, o que impossibilitaria, eventualmente, a atribuição dos efeitos jurisdicionais aos laudos arbitrais, como ocorre na arbitragem formal.

Quanto a diferenciação entre a arbitragem nacional ou doméstica e a arbitragem internacional não existe qualquer consenso na doutrina. Para Vicente (1990, p. 38), a arbitragem internacional é a que versa sobre litígios decorrentes de relações jurídicas internacionais, sendo estas as que em algum momento, conectam-se a dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos. Para a análise dessa relação, o autor propõe os seguintes critérios: a nacionalidade, a residência habitual das partes, o estabelecimento ou sede efetiva da pessoa jurídica, o local da celebração do contrato, o lugar do cumprimento das obrigações, o local em que a coisa se encontra, onde ocorreu a conduta lesiva etc.

Para Fouchard apud Santos (2004, p. 39) a operação econômica formalizada no contrato seria o fator determinante da nacionalidade ou internacionalidade da arbitragem. Deste modo, quando o contrato trata de relações econômicas em âmbito internacional, os conflitos decorrentes desta serão resolvidos via arbitragem internacional. Já os contratos em que a operação econômica se dá dentro do território de um único Estado a arbitragem é nacional.

Conforme Soares apud Santos (1997, p. 28) a arbitragem nacional é:

Arbitragem realizada num certo Estado, ajuizada por litigantes nacionais ou domiciliados, cujo árbitro ou árbitros escolhidos sejam também nacionais ou domiciliados, sujeita às leis procedimentais e materiais estabelecidas pela legislação interna e com um laudo arbitral exequível neste mesmo Estado, constitui-se numa arbitragem nacional.

²² Lei 9.307/96. Art. 2º, *caput*: A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

Note-se que Soares diverge um pouco o entendimento de Fouchard, sendo que, enquanto este acredita ser nacional a arbitragem quanto as características do objeto, aquele entende como nacional a arbitragem que possui todos os elementos de sua constituição localizados em um único território.

Oliveira (2010, p. 03) aponta que arbitragem possui quatro aspectos fundamentais: “a) uma alternativa aos tribunais nacionais, b) um mecanismo privado de resolução de disputas, c) selecionado e controlado pelas partes e d) decisão final e vinculativa dos direitos e obrigações das partes”.

A doutrina aponta que uma das características relevantes da arbitragem é a predominância da liberdade de escolha das partes, mormente quando comparada à via judicial. Essa liberdade é uma das vantagens do procedimento arbitral e está diretamente ligada: [a] a possibilidade de escolha da via arbitral para julgar o litígio; [b] a possibilidade de escolha dos árbitros e à escolha das leis materiais e processuais aplicáveis à demanda [c] à celeridade; e [d] a confidencialidade (SANTOS; RODRIGUES, 2013, p. 241-256).

A respeito da escolha da via arbitral para dirimir os conflitos, essa liberdade é uma das suas principais características. Logicamente, sem ela não há como existir a arbitragem. Essa opção se dá através da convenção de arbitragem, seja na forma de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral²³.

Conforme Arenhart (2005, p. 01), as diferenças entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são: [a] a cláusula compromissória é inserida no contrato, ou via adendo contratual, enquanto o compromisso se dá por instrumento próprio; [b] a cláusula compromissória é anterior ao conflito, enquanto o compromisso é posterior; [c] os requisitos legais de validade dos dois instrumentos são distintos na legislação brasileira²⁴.

Deste modo, pode-se aferir que o instrumento de escolha da arbitragem tem caráter dúplice: além do aspecto jurisdicional, conferindo o poder de julgamento aos árbitros também é dotado de uma natureza contratual, fundamentada no princípio do *pacta sunt servanda*.

²³ Lei nº 9.307/96. Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

²⁴ Os requisitos do compromisso arbitral estão previstos nos arts. 9 a 12 da Lei nº 9.307/96, enquanto a cláusula compromissória é tratada no art. 4º do referido diploma legal

É importante que seja observada na convenção de arbitragem a restrição quanto ao objeto da arbitragem. Na lei brasileira de arbitragem, no seu artigo 1º, é admitido o uso da arbitragem nas hipóteses em que o litígio versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Em outra característica da arbitragem é possível que partes decidam livremente sobre a escolha dos árbitros que atuarão no litígio. Conforme Figueira Júnior (1999, p. 199):

A escolha dos árbitros é totalmente livre entre as partes litigantes, as quais poderão apontar, em número sempre ímpar, qualquer pessoa capaz que goze da confiança de ambas para dirimir os seus conflitos. Poderão escolher os titulares e suplentes ou apenas aqueles e deixar estes últimos por conta da indicação dos próprios árbitros [...].

Para a legislação brasileira, um dos limites impostos à escolha dos árbitros diz respeito ao critério quantitativo: estes devem sempre ser escolhidos em número ímpar, conforme o §1º do art. 13 da Lei de Arbitragem. Outro fator é que os árbitros devem estar em pleno gozo de suas capacidades, nos termos do Código Civil²⁵.

Santos e Rodrigues (2013, p. 241-256) afirmam ainda que as partes tendem a escolher pessoas dotadas de conhecimentos técnicos sobre o objeto da disputa para atuar como árbitros. Afirmam, ainda, que a imparcialidade e a independência do árbitro são essenciais para garantir uma decisão ética e justa.

Tais quesitos de imparcialidade e independência do árbitro são regulados nos termos do Código de Processo Civil, conforme previsto no art. 14 da Lei nº 9.307/96²⁶.

Sobrevém, portanto, o dever do árbitro de informar as partes sobre qualquer causa que seja capaz de interferir em seu julgamento, conforme o disposto no art. 14, §1º da Lei nº 9.307/96, sendo cabível incidente processual uma vez constatada pelas partes (SANTOS; RODRIGUES, 2013, p. 241-256).

Rechsteiner (2001, p. 77) atesta que as partes podem não só escolher os árbitros, como estabelecer requisitos pessoais para a escolha posterior, como capacidade técnica, integridade e nacionalidade, por exemplo.

²⁵ Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

²⁶ Lei nº 9.307/96. Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

Decidir quem serão os árbitros, ou qual instituição irá fazer tal escolha com antecedência traz facilidades. Observe-se, por exemplo, que se as partes pactuarem uma cláusula compromissória completa e suficiente pra a instituição da arbitragem, elas estão dispensadas de formalizar um compromisso arbitral, sendo suficiente o termo de instituição da arbitragem (LEE, 2002, p. 136).

A liberdade de escolha das regras aplicáveis ao procedimento arbitral é outra característica importante da arbitragem. No Brasil esta é concedida às partes pelo art. 21, da Lei nº 9.307/96.²⁷ Assim, as partes podem estabelecer uma arbitragem *ad hoc* ou então, optar pela arbitragem institucional, tendo o procedimento arbitral regrado pelo regulamento da instituição (SANTOS; RODRIGUES, 2013, p. 241-256).

Enuncia Rechsteiner (2001, p. 83) que essa liberdade é limitada pelas normas cogentes do país-sede da arbitragem e, nos casos de arbitragens realizadas em um país, mas que será executada em outro, o laudo arbitral estará sujeito à prévia homologação e análise do respeito à ordem pública do Estado da execução.

Quando as partes não estipulam as normas procedimentais, a escolha deverá ser realizada pelo árbitro. No posicionamento de Santos e Rodrigues (2013, p. 241-256), os árbitros ou o tribunal arbitral estão autorizados, também, a designar as normas processuais quando a estipulação das partes implicar em violação à ordem pública interna ou internacional.

A possibilidade de escolha do direito aplicável ao mérito da disputa é mais uma vantagem consagrada pela arbitragem. Conforme Santos e Rodrigues (2013, p. 241-256), alguns ordenamentos jurídicos não adstringem essa liberdade apenas às normas positivadas, permitindo também o julgamento com base na equidade, nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes, e nas práticas do comércio internacional, ou seja, a própria *lex mercatoria*.

Essa liberdade é prevista no direito brasileiro, através do art. 2º da Lei 9.307/96. Os limites aqui presentes são idênticos aos da escolha de regras procedimentais, sujeitando normatização escolhida à prévia análise do respeito aos bons costumes e à ordem pública (CÁRNIO, 2009, p. 141).

²⁷ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento se aplica tanto as regras processuais e procedimentais como as regras que serão aplicadas no julgamento de mérito do conflito.

No que tange à celeridade, trata-se também de uma característica importante da arbitragem. Tal façanha é possível em razão da informalidade trazida pelo instituto arbitral quando comparado ao judiciário, caracterizada pela flexibilidade e pela possibilidade de escolha das normas (SANTOS, 2004, p. 30 e MANGABEIRA; SILVA, 2012, p. 12).

Oliveira (2010, p. 9) ressalta que esta celeridade também se torna possível pela possibilidade de as partes fixarem um prazo para a decisão dos árbitros, bem como à maior facilidade e disponibilidade que possuem para a marcação de audiências.

Esse aspecto também é zelado pela legislação brasileira, ao convalidar essa possibilidade de firmar o prazo, pois na ausência de estipulação pelas partes, o prazo adotado pela Lei nº 9.307/96 para o proferimento do laudo arbitral é de seis meses, com possibilidade de prorrogação, a critério das partes.²⁸

Tal celeridade também é favorecida pelo fato de os laudos arbitrais proferidos no Brasil poderem ser objeto de cumprimento de sentença imediatamente após o trânsito em julgado (RECHSTEINER, 2001, p. 103).

Outra característica importante e vantajosa da arbitragem é a confidencialidade do processo arbitral.

Oliveira (2010 p. 9) exprime que a confidencialidade costuma atrair grandes empresas, que não tem o interesse em expor sua forma de negociação. Assim, o sigilo protegeria certas informações que, uma vez em domínio público, poderiam prejudicar as partes de alguma forma, ou até influir na imagem ou políticas de mercado da empresa (SANTOS; RODRIGUES, 2013, p. 241-256).

2.1.4 A autonomia da vontade

A autonomia da vontade é um dos institutos basilares que regem a Lei Brasileira de Arbitragem, destacando a livre possibilidade das partes em fazer diversas escolhas que não seriam possíveis caso a forma de resolução de conflitos fosse à via judicial.

Primeiramente, vale destacar que a vontade é primazia da escolha, entre dois ou mais caminhos, através da racionalização dos fins instintivamente pretendidos (STRENGER,

²⁸ Lei nº 9.307/96. Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenicionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

1968, p. 10). Assim, a vontade, no aspecto jurídico, seria a “força criadora de direitos e obrigações”, trazendo reflexos na esfera jurídica (PIRES; N. C. ARAÚJO, 2009, p. 3106).

O princípio da autonomia da vontade teve suas origens no Direito Romano. Na antiguidade, contudo, os romanos não lograram êxito em um tratamento substancial à teoria dos negócios jurídicos, sendo que a autonomia da vontade foi o instituto que auxiliou a delimitá-lo. Destarte, os contratos da época eram extremamente formais e interpretados objetivamente, não levando em conta a intenção das partes (STRENGER, 1968, p. 76-77).

Arnoldo Wald (1995, p. 161) destaca que inicialmente o princípio possuía um caráter religioso e passou a desenvolver um caráter individualista:

Surgido no direito romano, num clima de formalismo, de inspiração religiosa, o contrato se firmou, no direito canônico assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações. Oriunda dos canonistas, a teoria da autonomia da vontade foi desenvolvida pelos enciclopedistas filósofos e juristas que precederam a Revolução Francesa e afirmaram a obrigatoriedade das convenções, equiparando-as, para as partes contratantes à própria lei. Surge assim o princípio: *pacta sunt servanda*. Surge o contratualismo ao seu apogeu, baseado num contrato a própria estrutura estatal (*O Contrato Social* de Rousseau) e fazendo com que, em determinadas legislações, o contrato não mais se limite a criar obrigações podendo criar, modificar ou extinguir qualquer direito, inclusive os direitos reais.

Portanto, a valorização da vontade ganhou força com o liberalismo, a partir do século XVIII, com um individualismo que consagrou o princípio do *pacta sunt servanda*. Nesse período, a autonomia da vontade foi reconhecida como uma transcrição da livre criação dos direitos subjetivos e da força obrigatória do contrato (STRENGER, 1968, p. 96-97).

No viés principiológico, a autonomia da vontade representa o poder do indivíduo de criar, através de um ato de vontade, determinadas situações jurídicas, ou até mesmo, escolher qual ordenamento jurídico se aplicará à essas relações, dentro de certos limites, normalmente impostos por lei. Trata-se, portanto, do poder conferido aos indivíduos para regular suas próprias relações, negócios e interesses. (STRENGER, 1968, p. 51-56).

Assim, a autonomia da vontade é o princípio que assegura à vontade humana a possibilidade de criar direitos e deveres, dando obrigatoriedade às convenções, com força de lei (RIZZARDO, 2010, p. 18). De forma mais sucinta, Basso (2011, p.197) descreve o princípio da autonomia da vontade, no âmbito do direito contratual, como a “liberdade que têm as partes de autorregular seus interesses, determinando o conteúdo das obrigações constituídas”.

Na definição de Orlando Gomes (1998, p. 22), o princípio da autonomia da vontade é o “poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos

reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”, sendo que tal declaração de vontade se dá por meio de um contrato.

Porém, a liberdade plena que era pregada pelos liberais não trouxe sempre vantagens. Ilustra Noronha (1994, p. 66) que essa modalidade de autonomia levava a sociedade à consequências inadmissíveis, destruindo os valores humanos. A verdade é que, ao mesmo tempo em que cada ser humano lutava para perfazer seus desejos, prejudicava os direitos e desejos de seus iguais.

Hodiernamente, então, não é mais cabível uma autonomia da vontade absoluta. São necessárias restrições, a fim de resguardar os direitos de todos. Para distinguir as restrições à vontade nas relações contratuais atuais é preciso distinguir as espécies de disposições legais aplicáveis aos contratos. Estas são três: as imperativas, as facultativas e as supletivas.

De acordo com Thaís Cristina Cárnio (2009, p. 25) as disposições imperativas são as aplicáveis ao caso de modo inderrogável, ou seja, independentemente de qualquer ato volitivo das partes. Já as facultativas são as que trazem a oportunidade das partes de convencionar as regras aplicáveis ao contrato, por não haver nenhuma disposição imperativa que trate do tema. E em último lugar, as supletivas, para serem utilizadas nos casos em que a disposição de vontade das partes for nula, deficiente ou inexistente. O princípio da autonomia da vontade, em sua atual concepção, recai sobre as disposições facultativas e supletivas, sendo que as disposições imperativas representam uma limitação a esse princípio.

Arnoldo Wald (1995, p. 162) retrata que há duas modalidades distintas de manifestação da autonomia da vontade: a *liberdade de contratar* e a *liberdade contratual*. A liberdade de contratar é a liberdade de decisão sobre firmar ou não um contrato. Já a liberdade contratual é a faculdade de ditar o conteúdo do contrato, fixando as modalidades da negociação. Conforme o autor, é perfeitamente admissível, no âmbito da liberdade contratual, a disposição em forma distinta da legislação vigente do local de formação do contrato, âmbito que a permissão da utilização *lex mercatoria* se funda. No entanto, essa liberdade contratual não é absoluta e, como já foi visto, nem pode ser. Conforme Wald (1995, p. 163), em teoria, a liberdade contratual só possui uma restrição: a *ordem pública*.

Já para Orlando Gomes (1998, p. 22-23), a autonomia da vontade não possui apenas um caráter duplo, mas sim tríplice: a liberdade de contratar, de estipular o contrato e de determinar seu conteúdo. A liberdade de contratar seria a possibilidade de suscitar os efeitos desejados com o contrato. A liberdade de estipular o contrato trataria da forma como

as partes desejam regular seus interesses. De acordo com o autor, estes podem ser regulados de forma diversa ou até mesmo oposta da prevista na lei. Por fim, a liberdade de determinar o conteúdo do contrato, representa a possibilidade de ele tratar de qualquer assunto ou objeto, desde que não vá de encontro com as disposições legais imperativas. A lei, então, seria dotada de um caráter subsidiário, aplicável quando as partes são omissas.

No direito contratual brasileiro a autonomia da vontade está prevista no Código Civil, ao dispor no seu art. 421 que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A autonomia da vontade nesse caso é um princípio basilar do direito contratual. Porém, ela está adstrita apenas à liberdade de contratar, não abrindo margem para a escolha do direito aplicável ao contrato.

Na antiga Lei de Introdução ao Código Civil, havia uma previsão implícita da autonomia das partes para escolher o direito aplicável ao contrato no art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916²⁹. O texto legal, ao tratar das normas de conexão do Direito Internacional Privado, trazia a expressão “salvo estipulação em contrário”, levando ao entendimento de que, em determinadas situações, as partes poderiam fazer a escolha do direito aplicável e se autorregular.

Com a alteração realizada na Lei em 1942, o texto sofreu modificações, que agora continuam vigentes na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Assim, o art. 9º³⁰, teve a disposição “salvo estipulação em contrário” removida. Com essa alteração a previsão implícita da autonomia da vontade no tocante à escolha do direito aplicável deixou de ser propriamente acolhida. Até hoje a doutrina diverge se o novo texto trouxe uma proibição à autonomia da vontade no direito internacional privado, ou se trata meramente de uma não estipulação acerca do tema. Ainda não há consenso sobre o assunto (ARAÚJO, 1997, p. 104-107).

No âmbito da possibilidade de escolha do direito aplicável, entende-se, aqui, que a consagração efetiva do princípio da autonomia da vontade no direito brasileiro somente se deu de forma explícita com o advento da Lei nº 9.307/96. O art. 2º da Lei de Arbitragem³¹ não

²⁹ Art. 13. Regulará, **salvo estipulação em contrário**, quanto á substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas. Parágrafo único. Mas sempre se regerão pela lei brasileira: I. Os contratos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil. II. As obrigações contraídas entre brasileiros em país estrangeiro. III. Os atos relativos a imóveis situados no Brasil. IV. Os atos relativos ao regime hipotecário brasileiro.

³⁰ Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente

³¹ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, **a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à**

permitiu só a escolha do direito, mas também reconheceu a possibilidade de as partes escolherem os árbitros e as regras procedimentais da arbitragem. Ademais, o direito aplicável não seria compreendido em sentido estrito, mas sim lato, sendo possível até uma espécie de arbitragem extralegal (STRENGER, 1998b, p. 25), através da permissão concedida no §2º do art. 2º da Lei 9.307/96. Deste modo, ressalta Araújo (1997, p. 96):

A autonomia da vontade pode ser vista em três planos: de uma parte, o princípio da autonomia aparece como um meio privilegiado de designação da lei estatal aplicável a um contrato internacional. De outro, o princípio permite às partes subtraírem o seu contrato ao direito estatal do foro. Finalmente, poderia servir como um instrumento de aperfeiçoamento do direito por ocasionar a eliminação do conflito de leis, pois suas normas reguladoras emudeceriam em razão da liberdade internacional da determinação do direito aplicável [...] Confere às partes o poder de não serem regidas por qualquer lei nacional, provocando a emergência de um novo princípio, cuja aplicação, ao menos, em arbitragens internacionais, poderia escapar a uma lei estatal determinada. Conseqüentemente, os contratos com cláusula de lei aplicável poderiam ser regulados por normas jurídicas extra-estatais, como a *lex mercatoria*.

Ademais, como a vontade é o próprio sustentáculo do direito arbitral, é perfeitamente possível o regimento da arbitragem por regras alheias a legislação brasileira. (GUERREIRO, 1993, p. 40)

Há, entretanto, um grande óbice na legislação brasileira em relação aos laudos arbitrais proferidos no exterior. Quando o laudo arbitral é corolário de uma arbitragem realizada no Brasil, ele não representa uma sentença estrangeira. O laudo nacional é igualado às sentenças judiciais, dotado reconhecimento como título executivo judicial, passível de execução sem prévia homologação. Já a decisão arbitral proferida em outro Estado é considerada sentença estrangeira, somente sendo passível de execução quando previamente homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (PIRES; ARAÚJO, 2009, p. 3108).

Quanto ao momento da escolha da lei aplicável esta poderá ser feita quando da formulação da convenção de arbitragem. Podem, ainda, as partes escolherem a utilização da norma escolhida no momento da instituição da arbitragem, ou após sua instituição, com eficácia *ex tunc* quando houver risco de prejuízos, se o regulamento da instituição que realizar a arbitragem assim prever (VICENTE, 1990, p. 121).

Como pode ser observado, apesar de toda a liberdade trazida pela autonomia da vontade, ela não é absoluta. Ressalta Rizzardo (2010, p. 19) que ela não pode ofender os princípios da função social do contrato e até, da própria liberdade. A função social do contrato representaria, então, a prevalência do interesse público sobre o privado, harmonizando os

interesses do indivíduo com os da coletividade. A liberdade representaria o direito das partes de agir dentro das permissões legais, não sendo possível a disposição ou contratação *contra legem* (RIZZARDO, 2010, p. 21).

Contudo, Moura Vicente (1990, p. 113) lembra que apesar das críticas, a autonomia da vontade não interfere de forma alguma na imperatividade da lei estatal e nem acima dela se posiciona. Muito pelo contrário, afinal, em muitos casos a autonomia da vontade é prevista na lei, como é o caso do direito brasileiro. Assim, a autonomia da vontade é um elemento constitutivo da própria cidadania, sendo um dos pilares da democracia brasileira (SILVA, 2006).

Diante das serventias trazidas pelo princípio da autonomia da vontade, ele acabou por se transformar no alicerce dos contratos internacionais de modo geral, maximizando as chances de as partes alcançarem o resultado realmente pretendido com a relação jurídica construída, através da arbitragem. (ARAÚJO, 1997, p. 95-96).

Acentua, ainda Araújo (1997, p. 93) que essa satisfação das partes aumenta com a escolha de normas neutras para reger o contrato e dirimir os conflitos, sendo esta opção a normalmente privilegiada pelas partes, em vista da grande disformidade entre os ordenamentos jurídicos das nações.

O fato é que cada país regulamenta as relações jurídicas de forma distinta e as disparidades crescem quando se trata dos sistemas distintos da *Civil Law* e da *Common Law*. Emerge, então, uma forte incerteza jurídica, impossibilitando as partes de saberem até que ponto o juízo de cada Estado-nação irá respeitar o estabelecido no contrato em detrimento do ordenamento jurídico pátrio (ARAÚJO, 1997, p. 93).

Portanto, para evitar injustiças e garantir uma boa solução à lide, a arbitragem traz grandes mudanças e melhorias nos cenários nacional e internacional. E isso tudo só é possível pela consagração da autonomia da vontade.

2.1.5 A ordem pública

Como já observado, no Brasil autonomia da vontade está legitimada no art. 2º da Lei nº 9.307/96. No entanto em prol da manutenção social, do equilíbrio do poder do Estado e de princípios fundamentais, algumas limitações são essenciais.

Conforme Guerreiro (1993, p. 113), as únicas limitações capazes de vedar a utilização de qualquer sistema jurídico distinto ao do foro de execução de um contrato são a ordem pública, os bons costumes e a soberania estatal. De todos esses fatores, o mais importante é a ordem pública, sendo que as partes podem convencionar tanto quanto desejarem, desde que não a ofendam. Conforme Gomes (1998, p. 24-25), uma vez violados um destes limites, o contrato é considerado nulo. O autor enumera a ordem pública como:

[...] 1º) as leis que consagram ou salvaguardam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e, particularmente, as que estabelecem o princípio da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; 2º) as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil ou a certas responsabilidades determinadas; 3º) as leis que asseguram ao operário proteção especial; 4º) as leis sobre o estado e capacidade das pessoas; 5º) as leis sobre o estado civil; 6º) certos princípios básicos do direito hereditário como os relativos à legítima e o que proíbe os pactos sobre sucessão futura; 7º) as leis relativas à composição do domínio público; 8º) os princípios fundamentais do direito de propriedade; 9º) as leis monetárias; 10º) a proibição do anatocismo.

Para Strenger (1998b, p. 23), ordem pública é, então, “um conjunto de princípios, implícita ou explicitamente conhecidos na ordenação jurídica, que, considerados fundamentais, impõem-se imperativamente, excluindo qualquer validade a relações jurídicas volitivas que lhe sejam contrárias”.

Cárnio (2009, p. 142) segue o mesmo raciocínio, ao definir que “a ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade, médias da sociedade em determinada época, e o que for considerado afronta a esse entendimento médio será rechaçado pela doutrina e pelos tribunais”.

Apesar das tentativas de conceituação, sustenta Strenger (1998a, p. 119) que a ordem pública como um elemento restritivo do princípio da autonomia da vontade é impossível de ser totalmente delimitado ou taxativamente descrito:

A ordem pública não é determinável por meio de elencos, e nem é possível adotar métodos analógicos e critérios aproximativos. A verdade é que cada Estado estabelece sua ordem pública, e os tratados internacionais porventura existentes não tem força jurídica, a não ser em virtude da adesão dos Estados.

Tão complicada é essa definição que Basso (2011, p. 76) constatou, em termos práticos, que nunca será encontrado, em nenhum ordenamento jurídico, a tipificação explícita do que seja ordem pública, ou seja, dos parâmetros básicos filosóficos, políticos, morais e econômicos de um povo.

Deste modo, a definição de ordem pública é uma tarefa árdua. Mas isso não a torna impossível e, muito menos, desnecessária as diferenças entre as suas duas facetas: ordem pública interna (doméstica ou nacional) e a ordem pública externa (internacional).

A ordem pública interna é o conjunto de princípios basilares somados ao código moral e ético estabelecido e respeitado em um sistema jurídico. Trata-se de normas imperativas que disciplinam as relações jurídicas que ocorrem no interior de um determinado território, e nas quais, a lei local deve ser aplicada, mesmo quando escolhida outra norma pelas partes para reger o contrato (STRENGER, 1998a, p. 120).

Neste aspecto, a ordem pública interna se centraliza no direito escolhido pelas partes para fundamentar o mérito do julgamento do árbitro.

Costa e Pimenta (2007, p. 201) reconhecem, então, a ordem pública interna como as normas que impedem a liberdade das partes de contratar de modo como desejam. Exemplos de normas assim são as normas que tratam dos direitos de família, do trabalho, penal e as cláusulas pétreas constitucionais.

Assim, ofendem a ordem pública interna qualquer disposição que tente afastar disposições indisponíveis na ordem jurídica, ou melhor, dizendo, imperativas.

Normalmente, as normas de ordem pública interna são tratadas como as indisponíveis pelo legislador, mas nada impede o seu reconhecimento por parte dos tribunais, sejam eles estatais ou arbitrais, quando não for assim expressamente tratada (STRENGER, 1998a, p. 114-119).

A ordem pública interna é importante para a arbitragem, tendo em vista a necessidade do respeito as suas disposições para que o laudo arbitral estrangeiro seja homologado e executado. Sendo assim, torna-se de menor importância a ordem pública do país da nacionalidade das partes, de realização da arbitragem, se fase executiva se der em outro local.

Para Strenger (1998a, p. 114), a ordem pública internacional compõe-se pelas “normas legais imperativas, que não podem ser evitadas nem excluídas pelo acordo das partes”. Assim, normalmente as limitações sobre as cláusulas contratuais são maiores e mais rígidas nos casos da ordem pública externa do que na interna, sendo passível de anulação qualquer disposição que desrespeite normas imperativas de direito internacional.

As normas de ordem pública externa são reconhecidas e aceitas de modo implícito ou explícito (este último, através de tratados ou convenções) pela comunidade internacional, representando o consenso dos Estados a respeito de certos valores jurídicos essenciais ao ordenamento internacional (STRENGER, 1998a, p. 120-124). Um exemplo de ordem pública internacional são as disposições do Código de Bustamante³², absorvidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Conforme Costa e Pimenta (2007, p. 201-202), no âmbito internacional, a ordem pública trata das leis e sentenças estrangeiras, bem como dos atos praticados no exterior que busquem eficácia no território nacional, analisados pelo foro de execução. Em outro aspecto seria a internacionalização das relações humanas e comerciais, com a ordem pública no papel de protetora da coerência das relações no cenário transnacional, através das normas que estabelecem a colaboração entre as nações e o equilíbrio econômico.

Como pode ser observado, a ordem pública, seja ela interna ou externa, é uma instituição uniforme, com aplicabilidade tanto no direito interno quanto no direito internacional. Nesse sentido, afirmam Costa e Pimenta (2007, p. 199-200):

[...] ordem pública é o fato de, tanto no campo do direito interno como no do direito internacional, a mesma significar, basicamente, regras e princípios aptos a manter a unicidade das instituições do foro e a proteger os profundos sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade em determinada época. [...] A ordem pública significa o escudo protetor de concepções fundamentais de justiça e moral, bem como meio garantidor da unidade das instituições do Estado e de seu bom relacionamento com os demais Estados. A ordem pública pode, por sua vez, estar consubstanciada em normas, quando então não haverá maiores dificuldades para sua aferição. No entanto, se a ordem pública estiver plasmada em princípios, dever-se-á verificar, na legislação e jurisprudência nacionais, quais os elementos considerados basilares em uma nação e que devem ser defendidos por meio de uma ordem pública.

Por fim, entende-se que a ordem pública não é uma norma específica, mas sim um conjunto de regras e princípios que incorporam um sistema. Ela define os conceitos de justo e certo e os aspectos fundamentais e basilares de cada ordenamento jurídico de forma distinta.

Na arbitragem, então, um dos principais aspectos a ser analisados é a competência do árbitro para julgar a causa. Deve-se sempre observar, logo, se a causa trata de direitos patrimoniais disponíveis, correspondendo à exigência do art. 1º da Lei nº 9.307/96.

³² Também conhecido como Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, ratificado promulgado no Brasil através do Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. Conforme João Carlos Bertola Franco de Gouveia (2005, p. 7), essa normatização teve o “intuito uniformizar de forma completa o direito internacional privado”. O autor traz como um exemplo de disposição do Código que trata da ordem pública é o art.186, no qual estabelece como lei aplicável aos contratos internacionais a lei comum às partes, ou, caso não seja possível a lei do lugar onde o contrato foi celebrado.

Outra manifestação da ordem pública na Lei de Arbitragem Brasileira são os requisitos para a validade da convenção de arbitragem. Conforme a Lei, as cláusulas devem ser formais, inseridas obrigatoriamente em contrato escrito, a exigência da cláusula compromissória destacada nos contratos de adesão, entre outras estipulações obrigatórias, dispostas nos artigos 4º, §§ 1º e 2º, 9º e 10º da Lei nº 9.307/96.

Em relação aos árbitros, as imposições a respeito da capacidade e imparcialidade e o privilégio valorativo concedido ao voto do presidente do tribunal arbitral são normas de ordem pública (arts. 13, *caput* e §6º, 21, §2º e 24, §1º, todos da Lei nº 9.307/96, respectivamente).

Para que um laudo arbitral estrangeiro seja passível de execução no território nacional, ele deve ser previamente homologado (art. 35, Lei nº 9.307/96). Essa homologação somente será concedida se a sentença arbitral estrangeira não ofender à ordem pública, como é ressaltado pelo art. 39, II, da Lei nº 9.307/96. Nesse mesmo sentido dispõe o art. 6º da Resolução 09/2005 do STJ.

Uma vez violada a ordem pública no que diz respeito a matéria arbitrável, Rechsteiner (1998, p. 100) defende que o Poder Judiciário pode decidir pela nulidade da convenção de arbitragem antes mesmo do pedido de execução do laudo. Quando o pedido de nulidade já foi reconhecido, a executoriedade do laudo é negada.

Ao fazer uso da via arbitral, as partes devem sempre verificar também se a lei escolhida não viola a ordem pública, evitando que a convenção seja considerada nula pelo Poder Judiciário (COSTA; PIMENTA, p.207-208).

Em um sistema jurídico ideal, a ordem pública é um limite à autonomia da vontade, a fim de manter os preceitos fundamentais da sociedade, como a liberdade, isonomia e a dignidade da pessoa humana. Com o crescimento dos ideais solidaristas após a crise do séc. XIX, a ordem pública estendeu seu conceito, ganhando o condão de proteção dos economicamente mais fracos (WALD, 1995, p. 163).

Conforme Wald (1995, p. 167), essa forma de proteção é decorrente de uma política intervencionista e, no caso do Brasil, se traduz claramente nas Constituições de 1934, 1946, 1967, 1969 e 1988, ante às referências à função do Estado na ordem econômica e social, aos princípios básicos do direito do trabalho e a política nacionalista bancária e no tocante a exploração de minas e energia.

Nesse aspecto e ante ao intervencionismo estatal retratado, Rizzardo (2010, p. 23) entende que a ordem pública é um obstáculo à liberdade convencional. No entanto, no que tange à arbitragem no direito brasileiro, a ordem pública surge como um limite e não um obstáculo, pois as relações abrangidas por esse são eminentemente privadas e a ordem pública vem no sentido de delimitar tal caráter privado, não permitindo que perturbações sejam geradas no âmbito social e à coletividade.

Os bons costumes, porventura, também são muito difíceis de serem analisados como instrumento limitador da autonomia da vontade, tendo em vista a sua falta de universalidade no espaço nacional. Isto se deve ao fato de que os princípios morais são altamente variáveis de região a região, enquanto a ordem pública é muito mais objetiva, representando no âmbito interno qualquer lei que tragam consequências inevitáveis às partes (STRENGER, 1998b, p. 22). Gomes (1995, p. 25) os enumera como:

[...] 1º) os relativos à exploração de casas de tolerância; 2º) os concernentes às relações entre concubinários; 3º) os que têm por objeto a corretagem matrimonial; 4º) os que dizem respeito ao jogo; 5º) os que objetivam a venda ou o comércio de influência; 6º) os que consagram, de qualquer forma, a usura no mútuo.

Costa e Pimenta (2007, p. 203) entendem essa limitação dos bons costumes como nada mais do que um ramo da ordem pública. Eles tratam do sentimento de justiça e dignidade da pessoa humana e dos princípios fundamentais, representando a dimensão moral e ética da ordem pública. Cárnio (2009, p. 142), no mesmo raciocínio, entende serem os bons costumes abrangidos pela ordem pública, quando esta é estudada em sentido amplo.

2.2 A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA *LEX MERCATORIA* NA LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA

Parece ser fato que os legisladores nacionais não conseguem ser exitosos, nem mesmo eficazes, na disciplina do comércio internacional.

Não raramente as políticas legislativas tomadas se restringem ao caráter protecionista e sem criar uma política adequada para o tratamento dos contratos internacionais. É nesse âmbito que os agentes do comércio internacional recorrem às normatizações próprias, fortalecendo cada vez mais a *lex mercatoria* (STRENGER, 1996, p. 33-34).

O comércio internacional foi um dos motores que impulsionou, assim, a evolução do princípio da autonomia da vontade trazendo uniformidade às vontades manifestadas e

consolidadas por todo o mundo, refletidas na prática do comércio internacional, consagradas pela *lex mercatoria*. Conforme esse pensamento, a autonomia da vontade seria o instrumento mais significativo do exercício do comércio internacional (STRENGER, 1996, p. 92).

Vicente (1990, p. 104-106) concorda em partes com essa assertiva, declarando que a aceitação, de forma generalizada e quase universal, do princípio da autonomia da vontade se deve principalmente ao comércio internacional, mas não se deve atribuir todo o desenvolvimento da autonomia da vontade ao comércio.

Independentemente de o comércio internacional ser ou não o grande fomentador da autonomia da vontade, é impossível ignorar que é raríssima a possibilidade de um ordenamento jurídico específico ser capaz de oferecer um conjunto de soluções adequadas as questões do comércio. Isto se dá pela sua própria natureza itinerante e inovadora, que um sistema jurídico positivado não tem condições de acompanhar:

O comércio internacional é, por sua própria natureza, emergencial, pois tem grande sensibilidade na captação das mudanças impostas pelas técnicas em geral, em vários campos, como *verbi gratia*, os transportes, os seguros, as garantias contratuais e bancárias, as embalagens e até mesmo os novos meios de comunicação escrita e oral, vencendo os espaços geográficos em frações de tempo (STRENGER, 1996, p. 46).

Foi necessário, então, consolidar o poder de escolha individual das partes, através do princípio da autonomia da vontade, possibilitando uma análise dos conflitos à luz das normas mais adequadas, sejam estas parte de direito positivado, ou qualquer outra espécie de regulamentação.

A escolha mais comum, porém, passou a ser a dos princípios gerais de direito comercial internacional. Com a arbitragem para dirimir os conflitos resultantes dos contratos comerciais, os ajustes necessários para atender as necessidades do comércio foram viabilizados, desenvolvendo e dando corpo à *lex mercatoria* (SANTOS, 1998, p. 127).

Para Guerreiro (1993, p.113), a institucionalização das práticas costumeiras da *lex mercatoria* e o reconhecimento dos princípios que a compõe pela jurisprudência arbitral³³, fez com que ela passasse a gozar de maior reconhecimento, fidedignidade, clareza substancial, estabelecendo melhor seu âmbito de aplicação. Estes fatos trouxeram uma forma análoga a positivação para a *lex mercatoria*, possível pela aceitação e universalidade dos princípios por ela tratados pela comunidade internacional.

³³ Lembre-se aqui que a jurisprudência arbitral ao consolidar parâmetros para a formação da *lex mercatoria* não prejudica o princípio da confidencialidade, pois as decisões, ao serem publicadas, omitem os nomes das partes e os dados que possam permitir a sua identificação.

Nesse sentido, a permissibilidade trazida pela arbitragem na utilização de qualquer ordenamento jurídico estatal torna lógica a possível utilização de normatizações transnacionais, como a *lex mercatoria*, destacando que “entre uma lei estrangeira e a *lex mercatoria* não há diferença de qualidade, podendo haver, evidentemente, diferença de positivação, que será, no entanto, relevante” (GUERREIRO, 1993, p. 113).

Destarte, essa modalidade de regulamentação pelas instituições privadas trazida pela *lex mercatoria*, embasada no princípio da autonomia da vontade, é perfeitamente adequada às necessidades do comércio e ideal para acompanhar o seu rápido desenvolvimento e modificações. Assim é possível favorecer a cooperação entre os Estados, que é um pressuposto da manutenção da ordem econômica internacional hoje existente. Por outro lado, deve-se tomar cuidado com a forma em que se dá essa normatização da *lex mercatoria*. No sistema atual, ela consegue manter a natureza consuetudinária, capaz de acompanhar as modificações do comércio. Já, caso a formação da *lex mercatoria* perca essa característica, ela corre o risco de ganhar a mesma rigidez presente nos ordenamentos jurídicos internos, prejudicando sua atuação.

A utilização da *lex mercatoria*, a partir do princípio da autonomia da vontade é discutida em duas correntes. A primeira acredita que o uso da *lex mercatoria* configura um contrato sem lei, com um princípio da autonomia da vontade ilimitado, retrocedendo-se ao individualismo jurídico, construído pelo liberalismo econômico dos séculos XVIII e XIX. Assim, se perderia a noção de controle pelo ordenamento jurídico do poder de auto-regulamentação das partes (GUERREIRO, 1993, p. 111).

Bonell apud Guerreiro (1993, p. 111) apóia essa primeira corrente, levantando a posição de que uma autonomia da vontade ilimitada seria um retrocesso. Lembra, ainda, do pronunciamento da Corte de Cassação Francesa em 1950, afirmando que todos os contratos internacionais devem estar necessariamente ligados a um direito estatal.

Já, a segunda corrente, prevê o uso da *lex mercatoria* como um avanço dos contratos transnacionais, atendendo plenamente às exigências das partes. Guerreiro (1993, p. 113) entende ser essa corrente mais adequada, por ser a aceita pelas instituições arbitrais internacionais, bem como por convenções internacionais e a Lei Modelo da Uncitral.

Salienta, ainda, que a *lex mercatoria* traz uma aplicação revolucionária do princípio da autonomia da vontade, justamente por importar em uma desnacionalização dos

contratos, fundamentados no princípio universal do *pacta sunt servanda*. Tal desnacionalização, não implica necessariamente em um contrato sem lei.

Ademais, assim como ocorreu no caso Aramco³⁴, a jurisprudência arbitral tem evoluído muito para considerar a *lex mercatoria* como verdadeira fonte de direito e passível de regulação. O contrato não seria sem lei, portanto, mas sim regrado pela égide de uma normatização transnacional, a *lex mercatoria* (GUERREIRO, 1993, p. 111).

A extensão dessa utilização pode ser parcial, sendo a *lex mercatoria* complementada por outras normas ou ordenamento jurídico; total, abrangendo todas as relações presentes no contrato e no litígio; ou até mesmo, supletiva, determinando as partes a sua utilização quando a lei escolhida for omissa ou lacunosa em determinados aspectos (RECHSTEINER, 2001, p. 98).

Seria possível, por exemplo, que as partes determinem que o procedimento será regido pela lei processual brasileira e o direito material presente na lide seja julgado conforme os preceitos da *lex mercatoria*, ou até, julgado pela lei brasileira e, nos casos em que a legislação for omissa, que sejam utilizados os princípios do comércio internacional.

Breviglieri e D. M. V. Soares (2008, p. 18-19) admitem a utilização da *lex mercatoria* apenas de forma supletiva, não sendo possível a sua escolha na forma facultativa. De acordo com os autores, o termo *lei* deve ser interpretado em sentido estrito, sendo cabível no âmbito da autonomia da vontade a utilização apenas de normas que compõem um sistema jurídico. Assim, o contrato deveria ser decomposto, para que a cada elemento seja regulamentado através das normas adequadas distintas.

Já Gouveia (2012, p. 03-05) discorda e afirma que a utilização da *lex mercatoria* através da arbitragem se consolida com o uso dos princípios do UNIDROIT, com aplicação facultativa, e não supletiva.

Entende-se que a legislação brasileira, ao fazer uso do termo “regras internacionais do comércio” e não vedar a escolha de mais de uma normatização, permite uma utilização tanto supletiva quanto facultativa da *lex mercatoria*.

³⁴ Nesse caso, entre a Arabian American Oil Company – Aramco – e a Arábia Saudita foi feito um contrato de transporte de petróleo, sendo os conflitos submetidos à arbitragem. Não foi designado no contrato o direito aplicável e o direito dos países das partes não se mostravam adequados para a solução da demanda. Assim, da legislação das nações envolvidas foi afastada em nome do princípio da igualdade e foi invocado o princípio da autonomia da vontade, tendo sido a lide julgada através de normas básicas de Direito Internacional, bem como pela aplicação dos princípios gerais do direito aplicados ao objeto da demanda – o petróleo (ROQUE, 2012).

Cabe às partes, no âmbito da Lei nº 9.307/96, então, definirem as regras do procedimento arbitral, as regras processuais a serem utilizadas, e o direito material.

É possível também as partes delegarem essa escolha ao órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou, até mesmo, aos árbitros designados (PIRES; ARAÚJO, 2009, p. 3106). Parte da doutrina entende que nessas hipóteses fica vedada a utilização da *lex mercatoria*. Os árbitros devem, então, levar em consideração as normas de direito internacional privado, previstas no ordenamento jurídico do país sede da arbitragem – no caso do Brasil, as normas previstas no art. 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – bem como as normas do país de todas as partes e objetos envolvidos na relação jurídica para decidir o direito aplicável ao caso (RECHSTEINER, 1998, p. 91-98). Esse entendimento impossibilita, na referida situação, a utilização da *lex mercatoria*.

Em que pese o já mencionado posicionamento de Guerreiro (1993, p. 113), de que a *lex mercatoria* se equipara a uma lei estrangeira, ela não possui força o suficiente para afastar a aplicação de uma lei estatal quando se tratar de disposições imperativas. Neste cenário, admitir a *lex mercatoria* sem a prévia estipulação das partes seria em si, uma violação ao princípio da ordem pública.

Azevêdo (2006, p. 100) acredita que a solução para este problema está em uma modificação do art. 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, para que a escolha do direito aplicável, exercida a partir da autonomia da vontade, possa também abranger não só a arbitragem, mas também o direito contratual. Para o autor, a importância disso seria o alcance de uma maior segurança jurídica das relações comerciais fomentando atividade comercial supranacional dentro território brasileiro.

Como já foi observado até aqui, a utilização da arbitragem no comércio se deu pela necessidade de um meio seguro e rápido para resolver os litígios sem utilizar o aparato estatal. Essa necessidade não existe apenas no âmbito das arbitragens internacionais, mas também das arbitragens nacionais. Portanto, mesmo nas arbitragens sem elementos estrangeiros e contratos internacionais, ainda sim é possível que as partes optem por uma lei e por um foro neutros (ARAÚJO, 1997, p. 90-93).

A própria legislação arbitral brasileira dá essa abertura, em consequência da não distinção entre as arbitragens nacionais e internacionais, não havendo hipóteses de vincular o processo arbitral ao ordenamento jurídico pátrio.

A autonomia da vontade é, assim, um princípio essencial ao comércio internacional e é o marco que autoriza a utilização da *lex mercatoria* nos contratos internacionais. Porém, a sua validade somente se torna perfeitamente consolidada e aceita pelos Estados quando homologado o laudo arbitral para, a partir daí, se tornar exequível.

No que concerne à execução do laudo arbitral, afirma Strenger (2004, p. 18) que existem três aspectos fundamentais da arbitragem comercial internacional: “a necessidade de uma cooperação dos tribunais para (1º) reconhecer as convenções de arbitragens, (2º) facilitar as condutas das arbitragens, (3º) executar as sentenças arbitrais”. Sem esses elementos, pouca utilidade tem a arbitragem.

Quando se trata da utilização da *lex mercatoria*, não há diferenças nesse aspecto. Se o direito pátrio não conhece a convenção que escolhe como lei aplicável a *lex mercatoria*, se a legislação não facilita a realização da arbitragem e se os tribunais não concedem a força executiva aos laudos, a *lex mercatoria* não gozaria de eficácia alguma no território brasileiro.

Conforme Strenger (2004, p. 19), a única forma de constatar e garantir essa eficácia executória é através da homologação das sentenças estrangeiras, ponto em que o princípio da ordem pública cria um grande obstáculo.

Agripino Jr. (2010, p. 214-215), se mantém na posição de que a privatização das normas jurídicas, em consequência do desenvolvimento da *lex mercatoria*, trouxe a necessidade de uma maior intervenção do Estado, para garantir o interesse público. Deste modo, “uma sociedade hipercomplexa exige, ao menos, procedimentos complexos, o que demanda micro-sistemas jurídicos e, dessa forma, disciplinas jurídicas mais especializadas”, todas sob o aparato estatal.

Apesar dessas dificuldades, Strenger (1998a, p. 114) assevera que, ante à disposição do art. 2º, §2º da Lei 9.307/96, os tribunais têm aceitado bem a escolha das partes em utilizar a *lex mercatoria* nas arbitragens nacionais e internacionais realizadas ou executadas no Brasil, e raramente deixam de homologar as decisões. Não tem prevalecido, destarte, o entendimento de que a preferência das partes pelo uso da *lex mercatoria* para dirimir seus conflitos privados implica em si uma ofensa à ordem pública. A ordem pública, portanto, não chega a configurar um obstáculo, mas sim um limite, garantindo maior segurança jurídica.

Sendo assim, mesmo com as ameaças trazidas à autonomia da *lex mercatoria* pelos sistemas jurídicos estatais, já que a sua elaboração se afasta do monopólio estatal de

criação do direito, o Brasil acabou por revolucionar a arbitragem, permitindo sua utilização com uma amplitude considerável. Araújo (1997, p. 94-95) chega até a considerar que a lei brasileira acabou por incorporá-la ao ordenamento jurídico brasileiro, já que, ao mesmo tempo que permite a utilização de normas do comércio internacional, acaba abrindo espaço para a utilização da *lex mercatoria* nas arbitragens nacionais, se as partes assim convencionarem.

Huck (1994, p. 109) converge nessa posição, reconhecendo a *lex mercatoria* como uma lei substancial e, quando uma decisão arbitral nela fundamentada é proferida ou homologada no território nacional, a *lex mercatoria* acaba por incorporar, pelo menos em parte, o ordenamento jurídico pátrio, sujeitando-se a todas as limitações presentes no neste ordenamento jurídico.

Percebe-se, então, que a utilização da *lex mercatoria* através da lei de arbitragem brasileira é sim possível, graças ao princípio da autonomia da vontade. Todavia, assim como todas as liberdades conferidas aos indivíduos, a autonomia da vontade também sofre limitações, para evitar que as liberdades individuais prejudiquem o âmbito social e a soberania estatal. De qualquer modo, essa restrição não é suficiente para impossibilitar o uso da *lex mercatoria*. Muito pelo contrário, ela apenas a regulamenta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção de *lex mercatoria* hoje representa um direito em processo de formação. Essa normatização foi inspirada nas práticas fenícias na Antiguidade, porém, só passou a tomar um corpo semelhante ao que conhecemos hoje com o desenvolvimento das grandes feiras de comércio, na Europa Medieval. Nesse período a regulamentação das relações que ocorriam nessas grandes feiras era uma espécie de direito consuetudinário, o *ius mercatorum*.

Essa formação jurídica é a precursora da nova *lex mercatoria* que hoje conhecemos. Os próprios mercadores e as corporações de ofício ditavam as regras que seriam utilizadas nas relações. Essa espécie de auto-regulamentação utilizada funcionava tão bem na época que não levou muito tempo até que todas essas práticas levassem à uma voz uníssona, consagrando, então, a *lex mercatoria*.

Atualmente, a *lex mercatoria* representa o corpo de normatizações existentes no âmbito do comércio internacional, regulamentadas através de instituições privadas e utilizadas para reger as relações comerciais em âmbito internacional, ou seja, quando a relação jurídica engloba partes de nacionalidades distintas.

Entretanto, apesar das previsões contratuais da *lex mercatoria*, a sua consolidação apenas é possível com o uso de um instrumento jurisdicional, capaz de ditar às partes como deve ser a interpretação da *lex mercatoria* nos casos em que há divergência entre as partes. O instrumento capaz de atender essa necessidade é a arbitragem.

Assim como o analisado, a natureza itinerante do comércio internacional faz com que ele sempre busque a solução para os seus problemas e o aperfeiçoamento de todas as atividades que levam ao cumprimento de seu fim. Não havia um sistema próprio e eficaz para disciplinar o comércio internacional. A solução dada foi o desenvolvimento da *lex mercatoria*. Os sistemas judiciais estatais normalmente se recusavam a aplicar plenamente *lex mercatoria*, em detrimento do ordenamento jurídico interno. Foi feita, então, uma estruturação e adaptação do instituto da arbitragem para dirimir os conflitos internacionais comerciais.

Independente do *dever-ser*, percebe-se que a existência da *lex mercatoria* é uma realidade fática e, como não é possível freiá-la, nada mais restou aos Estados do que sua aceitação e regulamentação. Deste modo, começou em diversos países uma tendência de regulação do princípio da autonomia da vontade para permitir o uso da *lex mercatoria* nos

contratos de comércio e a solução das controvérsias através da via arbitral, com os limites necessários para não causar danos às soberanias estatais.

No ordenamento jurídico brasileiro não foi diferente. A *lex mercatoria* era uma realidade e o Estado Brasileiro não poderia controlar, nem evitar isso. Talvez, nem lhe fosse conveniente, já que as intervenções estatais excessivas na economia afastam os investimentos externos, fragilizando a economia do país como um todo.

Portanto, ao ser criada a Lei de Arbitragem Brasileira, a Lei nº 9.307/96, pareceu conveniente ao legislador abrir as portas para a *lex mercatoria* nas arbitragens realizadas no Brasil, trazendo ao nosso país um sistema revolucionário e extremamente desenvolvido. Nossa legislação está de acordo com tratados e parâmetros internacionais, sendo que, apesar de o Brasil ser um país emergente, ao menos nesse aspecto, ganhou reconhecimento em atuar como de país desenvolvido.

A autorização prevista no art. 2º, § 2º da Lei 9.307/96 é fundamentada no princípio da autonomia da vontade. Esse princípio já é estudado desde o direito romano antigo, tendo crescido muito com os ideais liberais do século XVIII. Hoje, o princípio da autonomia da vontade se desenvolve no âmbito do direito contratual e representa a liberdade das partes de contratar.

Nesse sentido, a liberdade de contratar é a de escolha de fazer o contrato e liberdade para decidir como irão se dar as suas disposições. Isso, na arbitragem, significa a possibilidade de escolher a arbitragem, de escolher os árbitros e a lei aplicável, tanto material quanto processual.

Assim, no direito brasileiro é permitida sim a utilização da *lex mercatoria* como nas arbitragens nacionais, caso venha a ser escolhida pelas partes através de sua autonomia, por ser uma regra internacional do comércio. Porém é importante lembrar que essa é uma opção das partes, sendo que, na sua eventual omissão não pode um árbitro decidir aplicar a *lex mercatoria* sem que tenha sido previamente autorizado para tanto.

Entretanto, como já dito, autonomia da vontade não é livre de limitações. Muito pelo contrário, ela é completamente regulamentada pelo Estado, através do princípio da ordem pública.

Esse princípio representa, genericamente, todas as normas impositivas presentes num Estado, que determinem sua estruturação, garantem sua soberania, equilíbrio político e bem-estar social. A ordem pública não é nem um pouco específica e é muito complicado

delimitá-la. Isso porque as normas em nosso ordenamento jurídico não tendem a vir acompanhadas do termo “fere a ordem pública”. Portanto, ela deve ser analisada através dos parâmetros jurídicos, políticos, econômicos, filosóficos, sociológicos e morais de um Estado.

Apesar da limitação imposta pelo princípio da ordem pública, as limitações não chegam a impedir o uso da *lex mercatoria*. Por tal razão, mesmo que uma parte da doutrina entenda que ela acaba se tornando um obstáculo para a utilização da *lex mercatoria* (RIZZARDO, 2010, p. 23; STRENGER, 2004, p. 19), neste trabalho é admitido que ela nada mais é do que um limite, que visa a manutenção de um desenvolvimento saudável social e econômico. Até porque ela acaba por concernir ao seio privado antes de qualquer coisa, sem trazer grandes impactos à coletividade, pois não é apenas a sua criação que se dá à margem da esfera estatal; o seu âmbito de atuação também não costuma ser abrangido pela atuação do Estado.

Conclui-se, então, que o ordenamento jurídico brasileiro é permissivo no sentido de utilização da *lex mercatoria* como fundamento da sentença arbitral, sendo possível que as partes façam uso de sua prerrogativa da autonomia da vontade para escolher o direito que bem entenderem na solução de suas controvérsias, desde que não confronte a ordem pública.

A ordem pública, nesse sentido, cumpriria seu papel de regulamentadora, fazendo com que essas relações comerciais se mantenham no seio privado, sem causar perturbações à estruturação Estatal e à sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem: solução alternativa de conflitos. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal**, n. 2, p. 149-173, maio/ago. 1996. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29764-29780-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

ARAÚJO, Nádia. A nova lei de arbitragem brasileira e os “Princípios Uniformes dos Contratos Comerciais Internacionais” elaborados pela UNIDROIT. In: **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1997.

ARAÚJO, Neiva Cristina; PIRES, Eduardo. A *Lex Mercatoria* e Arbitragem Internacional: Alternativas para Regulação e Solução de Conflitos do Comércio Internacional. In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI, Maringá. **Anais Eletrônicos: Direito Internacional: Integração e Globalização**. Maringá: CONPEDI, 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/07_1713.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2014.

ARENHART, Sergio Cruz. Breves observações sobre o procedimento arbitral. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7161>>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

AZEVEDO, Pedro Pontes. A *Lex Mercatoria* e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: **Revista semanal Eletrônica Prim@ Facie**, João Pessoa, a. 5, n. 9, jul./dez. 2006, p. 93-105. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/7210/5424>>. Acesso em: 28 de maio de 2014.

BADDACK, Frank. *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. Bellville: Cambridge University, 2006. Disponível em: <http://etd.uwc.ac.za/usrfiles/modules/etd/docs/etd_init_3939_1174049802.pdf>. Acesso em 29 de maio de 2014.

BREVIGLIERI, Etiene Maria Bosco, SOARES, Denis Marcos Veloso. Contratos Internacionais Firmados no Brasil: A possibilidade de Escolha da Legislação Aplicável Mediante a Lei de Arbitragem. In: **Revista Jurídica - FEBre**, Barretos, 2008. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wcpMqAZo8hQJ:www.feb.br/index.php/institucional/normas/doc_download/360-contratos-internacionais-firmados-no-brasil-a-possibilidade-de-escolha-da-legislacao-aplicavel+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMPOS, Marcelo Sebastião Netto. **Lex Mercatoria: aplicabilidade na solução de controvérsias entre empresas**. Florianópolis: UFSC, 2003.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos internacionais: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Osvaldo Agripino de. Principais Aspectos do Direito Marítimo e sua Relação com a *Lex Mercatoria* e *Lex Marítima*. **Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina UFSC, Florianópolis, vol. 31, n.º 61, p. 195-226, dez 2010. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principais_aspectos_do_direito_maritimo.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

CORDEIRO, Douglas Alexandre. A *Lex Mercatoria* e as Novas Tendências de Codificação do Direito do Comércio Internacional. In: **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.7, n.7, jan./jun.2008, p. 88-132. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/dint/article/view/13544/10836>>. Acesso em: 10 de setembro de 2014.

COSTA, José Augusto Fontoura. PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem Pública na Lei n.º 9.307/96. In: **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1997.

DIXON, Martin. **International law**. 6ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2007.

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflicto**: hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2005.

FIGUEIRA, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GLITZ, Frederico E. Z. Apontamentos sobre o conceito de *lex mercatoria*. In: **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 1, n.º 1, pp. 307-333. Lisboa, janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0307_0333.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

GOUVEIA, João Carlos Bertola Franco de. O princípio da autonomia da vontade na arbitragem internacional no Mercosul. In: XIV Congresso Nacional Conpedi, 2005, Fortaleza. **Anais eletrônicos**: Direito e Negócios Internacionais, Fortaleza: Conpedi, 2005. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/074.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2014.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993.

HOMEYER, Yvonne M.. AMATO, Suasan L. Collaborative Law: good News, bad News, or no News? In: **The St. Louis Bar Journal**, spring 2009. pp. 24-31. Disponível em: <<http://www.stlouisfamilylaw.com/publications/collaborative-law-good-news-bad-news-or-no-news.pdf>>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria**: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994.

LEE, João Bosco. **Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul**. Curitiba: Juará, 2002.

MANGABEIRA, Edinei Moreira. SILVA, Geraldo Rodrigues da. A arbitragem na legislação brasileira como forma alternativa de resolução dos conflitos de interesse. In: **Revista Faculdade Montes Belos**. São Luís de Montes Belos, v. 5, nº 3, maio de 2012. Disponível em: <<http://revista.fmb.edu.br/index.php/fmb/article/view/56/50>>.

MICHAELS, Ralf. The True Lex Mercatoria: law beyond the state. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**, vol. 14:2, pp. 447- 468. Indiana, summer, 2007. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2476&context=faculty_scholarship>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Lex Mercatoria e Comércio Internacional: Unidade ou Pluralismo de Ordens Jurídicas? - A Concepção de Berthold Goldman*. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, v. 4, n. 8, jul./dez. de 2002, pp. 69-96. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/08/artigos/07.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Forense, 1996, p. 100.

OLIVEIRA, Leonardo Ohlrogge. **Arbitragem e direito marítimo**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/leonardo_oliveira.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

PIRES, Eduardo. ARAÚJO, Neiva Cristina. Lex Mercatoria e Arbitragem Internacional: alternativas para regulação e solução de conflitos do comércio internacional. In: XVIII Encontro Nacional do Conpedi, 2009, Maringá, pp. 3.095-3.119. **Anais Eletrônicos: Direito Internacional e Globalização**. Maringá: Cesumar, 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/maringa/Maringa_integra.pdf>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. 9ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2010.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem Privada Internacional no Brasil**. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROQUE, Sebastião José. O caso Aramco: a arbitragem maior já realizada ditou regras. In: **Conteúdo Jurídico**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-caso-aramco-a-arbitragem-maior-ja-realizada-ditou-regras,37376.html>>. Acesso em: 10 de outubro de 2014.

SANTOS, Ricardo Stersi Soares dos. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Conflito e Cooperação: as vantagens da arbitragem. In: XXII Encontro Nacional Conpedi. 25 anos da Constituição Cidadã: Os Atores Sociais e a Concretização Sustentável dos Objetivos da República, 2013, Curitiba. **Anais eletrônicos: Acesso à Justiça II**. Curitiba: UNICURITIBA, 2013, pp. 241 – 246. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eef6f4457ee96f8b>>. Acesso em: 30 de outubro de 2014.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. **Noções Gerais de Arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

SILVA, Gustavo Pamplona. Arbitragem: aspectos gerais da Lei 9.307-96. In: **Portal Boletim Jurídico**, ed. nº 187. Uberaba, 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1412>>.

STRENGER, Irineu. A Arbitragem como Modo de Inserção de Normas da *Lex Mercatoria* na Ordem Estatal. In: **Revista de Arbitragem**, Curitiba, nº 3 – jul/set 2004, p.07-21. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/17287756/1712978168/name/STRENGER+-+A+Arbitragem+como+Modo+de+Inser%C3%A7%C3%A3o+de+Normas+da+Lex+Mercatoria+na+Ordem+Estatual.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

_____. **Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Contratos Internacionais do Comércio**. 3ª ed. São Paulo: LTr Editora, 1998.

_____. **Direito do Comércio Internacional e *Lex Mercatoria***. São Paulo: LTr Editora, 1996.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: Obrigações e Contrato**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.