

***LEX MERCATORIA* COMO UMA ORDEM JURÍDICA AUTÔNOMA: O QUE O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA TERIA A DIZER?**

***LEX MERCATORIA* AS AN AUTONOMOUS LEGAL ORDER: WHAT WOULD LEGAL CERTAINTY SAY?**

Caio Victor Ribeiro dos Santos¹
Davi da Silva Filho²

Resumo

Desde o momento em que as necessidades do homem romperam as fronteiras de seus territórios, incitando o desenvolvimento do comércio internacional, sempre houve uma necessidade de existência de regras que regulassem com uniformidade as transações entre comerciantes do mundo inteiro. Por um longo período, a *lex mercatoria* satisfaz essa necessidade, aparecendo, nessa época, como uma ordem normativa autônoma aos direitos nacionais. Devido a diversas mudanças nas práticas internacionais de comércio que tiveram lugar ao longo do século vinte, os conflitos entre comerciantes em plano internacional, porém, passaram a ser resolvidos com base nas normas indicativas de direito internacional privado, deixando-se de lado as regras da *lex mercatoria*. No fim daquele século, no entanto, o debate em torno da *lex mercatoria* – até então quase esquecido – foi reavivado, e esse corpo normativo, desde então, passou a ser estudado pela academia. Tal como antigamente, ainda pairam diversas dúvidas acerca da *lex mercatoria*. Nesse sentido, o presente artigo tem o propósito de investigar se a *lex mercatoria*, tal como hoje se encontra, fornece aos comerciantes um conjunto de normas suficientemente seguro e acessível capaz de viabilizar uma condução eficiente de suas transações.

Palavras-chave: *Lex mercatoria* – Autonomia - Segurança jurídica.

Abstract

Ever since men needs break off the limits of their territories, pushing the development of international commerce, there have been a constant need of commercial standardized rules for all merchants worldwide. For a long while, *lex mercatoria* satisfied this need as an autonomous legal order apart from national laws. Due to several changes in the world trade practice during the twenty century international private law stole the scene in the adjudication of international merchant's conflicts and pushed *lex mercatoria* to the wings. Nevertheless, by the end of that century, the debate over the enforcement of *lex mercatoria* – then almost forgotten – was reanimated and it began to be studied again by academy. Just like back then, there are still many questions unsolved on *lex mercatoria*. In the intent of putting some light over the subject, this paper has the purpose of answering whether this alleged autonomous legal order, in this moment of history, provides merchants with a set of rules which is sufficiently accessible and certain to permit the efficient conduct of their transactions.

Palavras-chave: *lex mercatoria* – autonomous legal body – legal certainty.

1. Introdução

¹ Aluno de graduação em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, DF.

² Aluno de graduação em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, DF.

Desde meados do século XVI os estudiosos do direito dos mais diversos cantos do mundo debatem acerca da natureza e funcionamento de um supostamente autônomo corpo de regras comerciais de caráter transnacional a que se atribuiu o nome de *lex mercatória*.

Em virtude da intensidade das discussões, o assunto foi, ao longo dos anos, se tornando cada vez mais controverso. Enquanto, por um lado, há quem sustente com veemência as vantagens, a autonomia e suficiência da *lex mercatória*, há também, por outro lado, quem sustente até mesmo sua inexistência como um corpo normativo.

Com o protagonismo do Estado nas relações internacionais no início do século XIX, as relações comerciais passaram a ser reguladas em sua maioria por normas indicativas de direito internacional privado, que determinavam qual direito nacional aplicável à espécie, e a *lex mercatoria*, que até então as regulava, foi aos poucos desaparecendo do cenário jurídico.

Após a Segunda Guerra Mundial, contudo, o debate em torno da aplicação autônoma desse corpo normativo foi reavivado, e as questões que lhes dizem respeito, que pareciam ter desvanecido de vez do cenário acadêmico, voltaram à tona tão controversas como antes.

É sob um pano de fundo jurídico controverso, portanto, que as relações comerciais no âmbito internacional têm se desenvolvido, fator este que impacta diretamente na vida dos comerciantes. Se é possível afirmar que à nível nacional os ordenamentos, em geral, conferem aos negócios o mínimo de segura que exigem, o mesmo, contudo, não pode ser dito tranquilamente no concerne os negócios internacionais.

Longe da intenção de esclarecer todas as dúvidas que pairam em torno da aplicação prática da *lex mercatoria*, pretende-se, com este trabalho, responder à seguinte questão: é possível afirmar, com precisão, que a *lex mercatoria*, tal como hoje se encontra, fornece aos comerciantes um conjunto de normas suficientemente seguro e acessível capaz de viabilizar uma condução eficiente de suas transações?

2. Evolução histórica da *Lex mercatoria*

Não é tarefa fácil estabelecer com precisão em que momento da história se manifestou pela primeira vez o fenômeno da *lex mercatória*. Há quem sustente que suas raízes podem ser encontradas no *ius gentium* romano; outros que vão mais longe, identificando-as no Antigo Egito ou no comércio marítimo empreendido pela Grécia e Fenícia na antiguidade; e outros, ainda, que as situam em um momento mais próximo e melhor documentado pela literatura existente, a Idade Média.

Tomando como ponto de partida este último momento, a Idade Média, Rodriguez

(2002, p.46) explica que o florescimento das relações econômicas na Europa Ocidental no início do século XVII impulsionou a formação do direito comercial, um direito mercantil-cosmopolita fundado em usos e costumes, o qual era aplicado pelos tribunais do comércio dos grandes centros mercantis às disputas individuais que ultrapassavam as fronteiras nacionais – o que mais tarde veio a se chamar *lex mercatória*.

Esse direito representava o produto do esforço da comunidade mercantil medieval no sentido de superar as regras fragmentadas e obsoletas que ainda se arrastavam do direito feudal e romano, regras essas que, conforme anota a autora, já não conseguiam mais prover um aparato jurídico que acompanhasse satisfatoriamente a expansão do mercantilismo, que, naquele momento da história, se desenvolvia a todo vapor.

Com a expansão do nacionalismo e das codificações que tiveram lugar principalmente ao longo do século XIX, o direito comercial passou a ser incorporado às ordens jurídicas domésticas de cada país (MAGALHÃES; TAVOLARO, 2004, p. 60). À essa incorporação naturalmente se sucedeu que o direito comercial, antes uniforme, foi se misturando às peculiaridades dos diversos ordenamentos jurídicos pátrios, e, dessa maneira, perdendo o seu caráter homogêneo.

Nessa linha, como percebe Rodriguez (2002, p. 47), as relações comerciais, que em âmbito internacional agora, no século XIX, passavam a ser protagonizadas pelos Estados com maior intensidade, deixaram de ser resolvidas por um direito comercial comum para ser reguladas pelo direito internacional privado. E assim, aquele sistema de regras sólidas criado pelos mercantilistas, que havia substituído o antiquado direito romano e imperado por quase oitocentos anos na Europa Ocidental como uma ordem jurídica autônoma e uniforme, foi se fragmentando e, com o tempo, deixando de ser utilizado.

A discussão acadêmica em torno da *lex mercatória*, apesar disso, não pereceu. Como esclarece Rechsteiner (2014, p. 101), com o crescimento da globalização do comércio que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, os estudiosos do pós-guerra procuraram “identificar e sistematizar regras do comércio que formassem um corpo constituído de verdadeiras normas jurídicas, aplicáveis às relações comerciais, decorrentes dos usos e costumes daqueles que participam do comércio internacional.”

Nesse sentido, o despertar acadêmico para as normas mercantilistas, que já se estende por cerca de cinco décadas, tem por objeto resgatar a discussão em torno de um direito comercial comum, e, não obstante apresente novas feições, ainda busca, como outrora, definir quais são as fontes e conteúdo da *lex mercatória*, qual sua relação com os diferentes

ordenamentos jurídicos estatais, qual sua natureza e, se possível, quais condições viabilizam sua aplicação pelos tribunais estatais e arbitrais.

São esses dois últimos aspectos – a natureza e a aplicabilidade – que, à luz do princípio da segurança jurídica, passarei a analisar nas linhas seguintes.

3. Conceito e fontes da *Lex mercatória*

Tema absolutamente controverso é o da conceituação da *lex mercatória* e a definição de suas fontes. Não há até hoje uma definição precisa sobre esse corpo de normas com o qual concorde pacificamente a academia em direito internacional. Na verdade, o entendimento acadêmico em torno da *Lex mercatória* encontra-se há muito dividido em três correntes doutrinárias bem definidas e, embora próximas, inconciliáveis.

Segundo Rechsteiner (2014, p. 102), para a primeira dessas correntes a *Lex mercatória* constitui uma ordem jurídica autônoma, cuja existência não depende dos ordenamentos jurídicos nacionais, e cuja origem não advém do direito internacional.

Para a segunda vertente, a *Lex mercatória* consiste em uma alternativa para a ordem jurídica nacional aplicável, por constituir um corpo suficiente de regras jurídicas que permitem decidir um litígio entre agentes do comércio internacional.

E para a terceira, a *Lex mercatória* destina-se a complementar o direito nacional aplicável, constituindo uma consolidação de usos, costumes e de certas expectativas concernentes ao comércio internacional.

Não há, igualmente, consenso doutrinário acerca das fontes materiais da *Lex mercatória*, tendo em vista que cada doutrinador aponta fontes distintas a partir da corrente doutrinária a que se filia no que diz respeito à natureza desse corpo normativo.

Nesse sentido, há quem defenda, por um ponto de vista mais formalista, como Schmitthoff, citado por Rodriguez (2002, p.48), que são fontes da *lex mercatoria* a legislação internacional comum e os costumes formulados por entes internacionais, a exemplo do *International Chamber of Commerce*.

Há quem filie-se a uma ideia mais autonomista e sustente, a exemplo de Goldman (1986 apud. RODRIGUEZ, 2002.), que os usos, costumes e princípios gerais do direito constituem genuínas fontes jurídicas da *lex mercatoria*.

Outros, como Lando (1984, apud. RODRIGUEZ, 2002, p. 48), defendem um rol mais amplo, compreendendo o direito internacional público, leis uniformes, princípios gerais do direito, regras expedidas por organizações internacionais, contratos cuja forma seja

padronizada em diversos países e sentenças arbitrais.

E, por fim, outros, como Goode (1998, apud. RODRIGUEZ, 2002, p. 48), que argumentam no sentido de que a *lex mercatoria* é, por natureza, um direito consuetudinário e espontâneo, devendo constituir-se tão somente do direito comercial costumeiro, regras costumeiras sobre procedimentos e provas, além de princípios gerais do comércio, incluindo-se os decorrentes do direito internacional.

Apesar de haver quem sustente sua inexistência (MANN, 1984, p. 193-198), são diversas, como se pode constatar, as teorias que buscam definir o conceito e estabelecer as fontes da *lex mercatoria*. Essas teorias, não obstante, existem há bastante tempo e, à pretexto de jogar luz sobre a matéria, acabam por deixá-la ainda mais controversa.

Ainda assim, identificando o fio comum que une todas essas teorias, Rodriguez (2002, p.47) esclarece que, em termos genéricos, a *lex mercatoria* pode ser compreendida como um corpo de normas de origem e conteúdo distintos criadas pela comunidade mercantil para servir aos propósitos da comercialização internacional.

Das teorias acima elencadas, todavia, importa, para fins desse trabalho, destacar as que buscam definir a *lex mercatoria* como uma ordem jurídica autônoma – a primeira e a segunda corrente doutrinária expostas por Rechsteiner. Frise-se: *falo das teorias que pretendem estabelecer um conceito da lex mercatoria*, e não as suas fontes.

A crítica que se segue não pretende questionar a legitimidade das alegadas fontes da *Lex mercatoria*, mas, a partir do princípio da segurança jurídica – inerente a toda ordem jurídica fundada no Estado de Direito –, repensar o enquadramento e a aplicabilidade desse corpo normativo enquanto uma ordem jurídica autônoma e/ou suficiente.

4. Segurança jurídica como previsibilidade: uma necessidade comum entre *civil law* e *common law*

Teresa Arruda Alvim (2016, p. 72), em livro que discute a nova função dos tribunais superiores no Brasil, fornece uma série de acontecimentos históricos que impactaram o Direito e revelam uma constante sempre partilhada entre os sistemas jurídicos que deitam raízes tanto no *common law* quanto no *civil law*: a busca por segurança jurídica.

Para ilustrar, a doutrinadora faz uma investigação de significantes momentos da História que concorreram para a formação da feição que essas tradições hoje apresentam e que, ao mesmo tempo, revelam um constante esforço no sentido de se construir uma ordem jurídica cada vez mais estável, consistente, coerente e previsível.

No que toca o *civil law*, esclarece que é na Universidade de Bolonha, no século XI, que ocorre o primeiro dos momentos que lhe aparenta significativo para demonstrar esse caminhar comum entre ambas as tradições.

Nesse período, explica, os textos romanos, há muito esquecidos, passaram a ser reestudados com o objetivo fundamental de transformá-los num corpo de regras o mais coerente possível. Num esboço daquilo que posteriormente se tornaria o pensamento “sistemático” no Direito, os estudiosos “conceberam técnicas para gerar coerência e harmonia entre textos que, originalmente, não eram, rigorosamente, nem coerentes, nem harmônicos.” (ARRUDA ALVIM, 2016, p.77)

Com essa atividade organizativa, os glosadores que vinham de diversos cantos no munda pretendiam “pôr ordem, criar segurança, gerando [a partir de prescrições abstratas e compatíveis], uma certa situação confortável de coerência” (ARRUDA ALVIM, 2016, p.77) que, acresça-se, permitiria com que os indivíduos se regessem por uma ordem jurídica *previsível*.

Outro momento crucial que Teresa Arruda identifica na evolução do *civil law* em que se é possível constatar uma rigorosa luta contra a insegurança jurídica é na França, no fim do século XVIII, com a instauração de uma nova ordem pelos revolucionários.

Até então, o centro do poder e o fundamento do Direito concentravam-se na figura do monarca. Após a Revolução de 1789, entretanto, o poder do Estado francês foi transferido para o povo, e a figura do juiz, em razão da posição que assumia no *ancien régime*, era alvo de desconfiança. Tendo isso em vista, os revolucionários buscaram “engessar” a figura do juiz, atribuindo-lhe, nessa nova ordem, a função de mero “*la bouche de la loi*”: aquele que não interpreta, mas se limita a declarar o mandamento da lei, veículo que, por excelência, incorpora a soberana vontade do povo.

Como argumenta a autora, essa vinculação do juiz à letra fria da lei advinha da ilusória ideia protagonizada pela escola da exegese de que a “lei escrita seria capaz de abarcar todas as situações possíveis de ocorrerem no mundo empírico”. Contudo, não obstante a obsolescência dessa ideia ante as exigências atuais, não há dúvida de que esse momento de reestruturação do *civil law* também foi lastreado por um nítido desejo – manifestado intencionalmente por métodos racionais – de controlar para se garantir *previsibilidade*.

A ideia de segurança jurídica, como já anunciado, não se circunscreve ao *civil law*. A previsibilidade que esta tradição busca assegurar mediante a elaboração leis abstratas e

coerentes, os sistemas jurídicos fundados na *common law* buscam garantir com a manutenção de uma tradição secular de respeito a precedentes judiciais.

É difícil tentar estabelecer um marco inicial a partir do qual se buscou garantir segurança jurídica no sistema de origem anglo-saxã, uma vez que nessa tradição o Direito não foi marcado por grandes rupturas como no *civil law*, tendo se desenvolvido naturalmente, mediante o acúmulo das experiências de séculos.

Aqui, com a secular aplicação do direito costumeiro, foi se desenvolvendo um processo de confiança nos precedentes, até que, em algum momento, “as próprias decisões passaram a ser consideradas direito”. (ARRUDA ALVIM, 2016, p.73)

Na *common law*, o juiz, diante do caso concreto, investiga decisões anteriores em casos semelhantes e, colhendo-lhes a *ratio decidendi*, repete-a na fundamentação do caso que tem de resolver. De uma análise sistemática sobre a jurisprudência como um todo, o juiz extrai as normas jurídicas que regem os casos concretos que lhe são dados apreciar.

Portanto, a previsibilidade que nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica decorre da lei, nos sistemas de origem anglo-saxã decorre da observância dos precedentes judiciais. É assegurando a estabilidade jurisprudencial que os juízes da *common law* concretizam o vetor da previsibilidade que exige o postulado da segurança jurídica.

Feitas estas considerações, deve-se esclarecer que a ideia de segurança que se pretende colher nessa breve exposição não é aquela no sentido de se garantir uma “*expectativa de que tudo deva ficar como está*”, mas, como afirma Teresa Arruda, em ao menos assegurar uma “*noção daquilo que muito provavelmente virá a ocorrer*”.

Os dicionários em geral costumam atribuir à noção de sistema a ideia de um todo estruturado, organizado, coordenado³. No âmbito do Direito, contudo, é preciso ir um pouco mais além, associando à noção de sistema a ideia de segurança, como bem pontua Willis Santiago Guerra Filho (1997, apud. ARRUDA ALVIM, 2016, p. 83-84):

“Nessa altura, vale a pena chamar atenção para o paralelismo que se verifica entre o Direito e a ciência, ambos voltados para o desenvolvimento de segurança e estabilidade no sistema social global, ao darem uma garantia de expectativas, realizando o que Luhmann

³ O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa estabelece por sistema a “[...]Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como uma estrutura organizada.”. O Dictionary Oxford Advanced Learners, por sua vez, coloca que sistema consiste em um “organized set of ideas or theories [...]”.

denomina ‘dupla seletividade’, por fornecerem a possibilidade de uma seleção dentre as diversas seleções possíveis do modo como se agir.”

Em síntese, regras consistentes e organizadas em um sistema tendem a gerar previsibilidade, tendo em vista que auxiliam no direcionamento dos indivíduos, afastando-os do desconfortável depósito de confiança em expectativas.

Por constituírem verdadeiras mandamentos abstratos pré-constituídos, as regras viabilizam a elaboração de estratégias e a própria forma de se conduzir em sociedade, tendo em vista que geram “segurança sobre o comportamento próprio e a previsibilidade do comportamento alheio” (LUHMANN, 1983, p. 52), fatores imprescindíveis a qualquer ordem jurídica que tenha a pretensão de alcançar algum nível de pacificação social.

Em igual sentido é a explicação de Humberto Ávila (2006, p 200):

“As regras são, portanto, instrumentos de garantia de segurança jurídica, tanto no seu aspecto formal-temporal (os atos estatais devem ser previsíveis para os destinatários, independentemente do seu conteúdo) quanto no seu aspecto material (os atos estatais devem ter uma certa medida de inteligibilidade, calculabilidade e controlabilidade para os destinatários). E isso porque visam a eliminar a incerteza a arbitrariedade e a promover uma determinada solução mediante o bloqueio do uso de razões na aplicação. Esse bloqueio pode ser superável, mas somente em casos extraordinários. O importante é constatar que as regras sempre veiculam dois valores: o valor segurança ou justiça geral, por se destinarem a resolver conflitos entre razões pela diminuição da incerteza, da arbitrariedade e da equivocidade; e o valor substancial que está por trás de cada regra.”

Como deixa claro, a segurança jurídica, tanto no seu aspecto formal-temporal quanto em seu aspecto material, exige a configuração de uma circunstância que viabilize, para os destinatários da norma, algum poder no presente sobre aquilo que futuramente venha a acontecer – o que, em uma palavra, resume-se em previsibilidade.

Essa, portanto, como assevera Teresa Arruda (2016, p. 84), é a “ideia de previsibilidade, que está por trás do valor segurança, que, de um modo ou de outro, e em todas as quadras históricas, será sempre exigido do direito e que, portanto, correlatamente, corresponde a uma de suas funções, seja no *civil law*, seja no *common law*.”

5. Principais críticas contra a Lex mercatoria

São diversas as críticas em torno da *lex mercatória*. Mas, como assevera Rodriguez (2002, p. 49), aqueles que se posicionam contra o reconhecimento desse corpo de normas afirmam, primordialmente, que ele carece de abstração e padece de vagueza e incompletude.

As principais críticas a que abordam as alegadas deficiências da Lex mercatoria são, por um lado, de ordem legislativa, e, por outro, de ordem judicial.

Voltemo-nos, em primeiro lugar, para as críticas de *ordem legislativa*.

É comum que, numa análise crítica acerca da *lex mercatória*, sejam identificadas algumas inconsistências que, se abordadas isoladamente, podem parecer não ter uma ligação direta umas com as outras. Essa visão, contudo, é limitada. O Direito constitui um complexo interligado, onde um problema leva a outro, e aí por diante.

Rodriguez (2002, p.49) alega que o maior obstáculo à *lex mercatória* é o fato de que esse corpo normativo carece de força obrigatória. Afirma a autora que a *lex mercatória* não se enquadra na definição tradicional de Direito, pois não resulta da atividade legislativa de um Parlamento, tampouco é elaborada por uma convenção internacional.⁴

Isto é, quando se trata a *lex mercatória*, não há que se encontrar, em plano internacional, um Poder superior cujas normas – à semelhança da lei formal expedida pelo Parlamento no Estado locke-hobbesiano – possuam uma força obrigatória intrínseca que vincule toda comunidade comercial. E dessa realidade decorrem outras implicações.

Diante da ausência de uma autoridade central em matéria comercial, é natural que o desenvolvimento do direito comercial comum fique por conta dos costumes.

Conforme sublinhou a Corte Internacional de Justiça no julgamento do caso Nicarágua⁵, para que um costume em âmbito internacional seja formado, não só os atos em questão devem constituir uma prática reiterada, como também devem ser acompanhados de uma *opinio iuris*. A não satisfação de qualquer desses dois requisitos corresponde à inexistência da obrigatoriedade do suposto costume.

Contudo, como observa Rodriguez (2002, p. 49), basta olhar para a realidade para notar nitidamente que os contratos e costumes comerciais refletem o senso de justiça de negócios, locais e profissões distintas, circunstância que os faz demasiadamente diversos e numerosos para constituírem uma fonte de Direito homogênea.

⁴ Ressalve-se a concepção da escola do pluralismo jurídico, para a qual o conceito de Direito não exige, necessariamente, a noção de sanção ou de organizações capazes de produzir suas próprias regras. (2002, RODRIGUEZ p. 50).

⁵ Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>. Acesso em: abril 2017.

Não é difícil, a partir daí, concluir que a *opinio iuris* em matéria comercial internacional não é requisito fácil de se satisfazer. Trata-se de uma exceção, não regra.

Além disso, afirma-se que a *lex mercatória* é vaga e incompleta. Neste quesito, Rodriguez (2002, p. 49), mais uma vez, anota que são poucos os princípios gerais do direito comercial universalmente reconhecidos. E, não bastasse isso, esses poucos princípios são tão básicos e elementares que chegam a beirar a inutilidade.

Tamanho é essa vagueza e incompletude que até mesmo em matéria de contratos – talvez o campo mais importante no que tange as transações comerciais – a *lex mercatória* não fornece uma resposta para questões acerca de validade, capacidade ou forma contratual. (RODRIGUEZ, 2002, p. 49).

É dentro desse cenário que se revela a interrelação das deficiências identificadas na *lex mercatória*: sua falta de abstração, vagueza e incompletude, nada mais são do que consequências da ausência de uma autoridade central responsável por uma legislação uniforme, somada a costumes ainda não consolidados, que carecem de *opinio iuris* por variarem bastante ante a diversidade cultural e profissional próprias do comércio global.

A ausência de normas uniformes de eficácia obrigatória para os agentes comerciais como um todo, porém, além de retardar o desenvolvimento da *lex mercatoria* por condicioná-lo à uniformização natural dos costumes, também empurra a aplicabilidade desse corpo normativo para as câmaras arbitrais, foro onde os direitos estatais não podem suprimi-la.

E aqui é onde aparecem as críticas de ordem judicial.

Em virtude de as leis nacionais de aplicação imediata e as reservas de ordem pública reprimirem a aplicação da *lex mercatoria* pelos tribunais nacionais (RECHSTEINER, 2013, p. 110), restou aos tribunais arbitrais internacionais assumir a posição de foro onde a *lex mercatória* encontra maior espaço de aplicabilidade prática.⁶

A arbitragem consiste em um método alternativo de resolução de conflitos em que “o consenso das partes prevalece sobre as regras do Estado, pois elas escolhem, através de um acordo, o juiz ou o critério de designação do juiz, o processo a ser usado no julgamento e as regras de direito a serem aplicadas.” (BASTOS CERCAL, 2010, p. 6). Daí porque, por

⁶ Prova disso é o número recorde obtido pela Internacional Chamber of Commerce ano passado, desde que foi criada em 1923. No ano de 2016 a câmara resolveu 966 casos envolvendo 3.099 partes de 137 países, e terminou o ano com um total de 1.592 casos pendentes. Disponível em: < <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/professional-development/icc-dispute-resolution-library/>>. Acesso em: abril 2017.

imposição do princípio da autonomia, terem as partes, na arbitragem internacional, a faculdade de optar pela *lex mercatória* na resolução de suas controvérsias.⁷

No Brasil, essa mesma faculdade encontra-se prevista no art. 2º, §2 da Lei 9.307/96.

Entretanto, como bem notou Rodriguez (2002, p. 49), as soluções alcançadas pela arbitragem na aplicação e – possivelmente – desenvolvimento da *lex mercatória* se circunscrevem à resolução de disputas individuais, não sendo aplicadas, com abstração, às relações comerciais da comunidade internacional como um todo.

A arbitragem, como se sabe, possui como um dos seus grandes atrativos o princípio da confidencialidade (ONGLIDÃ, 2014). Com essa garantia, não é difícil perceber que não é confiável aos agentes da comunidade comercial esperar que decisões arbitrais lhes confirmem algum nível de certeza sobre os possíveis resultados de outras eventuais controvérsias.

No plano internacional, milhares de decisões são tomadas todos os anos nas câmaras arbitrais. Algumas são publicadas por certas instituições de arbitragem, porém, a maioria, não. Não bastasse isso, alega Mustill (1988, p. 115) que as decisões publicadas são quase todas relativas à aplicação de leis nacionais, de modo que são bem poucas as que se pode conceber como nítidos exemplos de funcionamento prático da *lex mercatoria*.

Os resumos das decisões proferidas pela International Chamber of Commerce começaram a ser publicados em 1974. No ano de 1988, Mustill (1988, p. 116) já observava que, das 130 decisões que até então se tinha registro da ICC, cerca de apenas 25 eram, de fato – e algumas ainda indiretamente –, relativas à *lex mercatória*.

Muitos anos se passaram e, embora o número de decisões da International Chamber of Commerce tenha crescido, agora que cerca de 90% dos contratos mercantis têm cláusula arbitral (RECHSTEINER, 2013, p. 64), a realidade da escassa aplicabilidade continua a mesma.

Atualmente, a ICC resolve cerca de 900 casos de arbitragem por ano⁸. Embora, na prática, a aplicação da *lex mercatoria* fique principalmente a cargo dos tribunais arbitrais (RECHSTEINER, p. 108), em virtude da regra da confidencialidade que regem esses processos, porém, os agentes do comércio internacional, não conseguem, nessas decisões, identificar de que maneira a referida *lex* é aplicada ou por quais motivos deixa de sê-lo.

⁷ One matter is treated by commentators as axiomatic: namely, that an express agreement to apply the *lex mercatoria* will and must be honoured by the tribunal, as well as the parties, and that such an agreement may take the form of a reference to, say, the general principles of law recognised by civilised nations or to the usages of international commerce.” (MUSTILL, 1988, p. 106)

⁸ Disponível em: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-arbitration-posts-strong-growth-in-2015/>

Assim, pois, as próprias garantias que estimulam a busca da arbitragem internacional, acabam sendo uma força motor em sentido contrário, que impedem, seja para o comerciante ou para seu advogado, o estudo e sistematização da *lex mercatoria*. E sem estes fatores – estudo e sistematização – não se pode esperar, com sensatez, a elaboração de uma ordem normativa consistente e previsível.

Assim é o entendimento de Cremades (1984, apud. RODRIGUEZ, p. 49):

”O desenvolvimento de um corpo normativo consistente exige a divulgação dos fatos e fundamentos que jazem por trás decisão arbitral. Sem tal divulgação, tanto comerciantes quanto árbitros ficam impossibilitados de analisarem precedentes em busca de direção, e, por isso, não se pode esperar que os árbitros apliquem os princípios de um direito comercial costumeiro de forma consistente. (tradução livre)”

Essa situação cuida-se, portanto, de um paradoxo ainda não resolvido. A arbitragem, apesar de ser o espaço que, por sua própria natureza, apresenta as melhores condições de aplicação da *lex mercatoria*, é também, por essa mesma natureza, campo que corrobora pouco para que essa ordem normativa seja construída às feições que se exige de um sistema jurídico.

6. Análise crítica da *lex mercatória* enquanto ordem jurídica autônoma à luz do princípio da segurança jurídica.

Feitas estas considerações, volto à questão inicial: é possível afirmar, com precisão, que a *lex mercatoria*, tal como hoje se encontra, fornece aos comerciantes um conjunto de normas suficientemente seguro e acessível capaz de viabilizar uma condução eficiente de suas transações?

Para essa questão, uma resposta positiva – no sentido que sustentariam os adeptos da primeira e segunda correntes da *lex mercatoria* citadas por Rechsteiner – equivaleria a reconhecer autonomia a esse corpo normativo, como se se impusesse sobre a comunidade internacional como um todo, seja em virtude de sua mera existência ou por força de um consentimento geral implícito acerca de sua juridicidade.

Ocorre, entretanto, que isso não se verifica na realidade, e como se viu, a *lex mercatoria* ainda encontra-se longe de tomar a dianteira no lugar das leis nacionais.

À referida questão, parece-me mais adequada uma resposta negativa, pois a *lex mercatoria*, considerando-se todos os pontos abordados, parece, como afirma Rodriguez

(2002, p.52), “não possuir [ainda] a qualidade de um sistema jurídico. ”

No que tocam as deficiências de ordem legislativa, isto é, a falta de abstração, inconsistência, vagueza, incompletude, nota-se que se afiguram incompatíveis com a ideia de segurança jurídica que se exige de qualquer ordem jurídica que pretenda regular uma vida em sociedade. Ante a imprevisibilidade – resultado a que todas elas conduzem – não há que se falar em paz. E, sem lograr promover o mínimo de paz, que é o Direito senão capricho?

Em relação às deficiências de ordem judicial, verifica-se que estas, igualmente às demais, conduzem à imprevisibilidade.

No que pese o papel da arbitragem, deve-se destacar, porém, que o objetivo de uma ordem jurídica comercial não é o de regular sentenças arbitrais, mas transações mercantis.

Para os comerciantes, processos em tribunais ou câmara arbitrais representam o último recurso, isto é, algo deve ser evitado a todo custo. Como afirma Mustill (1988, p. 117), o que um comerciante quer é um panorama jurídico suficiente que seja capaz de lhe garantir, antes ou depois do surgimento de algum litígio, uma orientação segura acerca de como deve se comportar. Caso um litígio efetivamente venha a surgir, é preciso saber de antemão se ele poderá levá-lo adiante e litigar, ou se deverá ceder desde logo.

Sendo assim, não é preciso ir longe para concluir que a primeira e a segunda teoria mencionadas por Rechsteiner, que sustentam a autonomia e/ou suficiência *da lex mercatoria*, mostram-se ingênuas, pois parecem se atentar para qualquer outro aspecto no que diz respeito a esse corpo normativo, exceto para o mais importante: a realidade. Afinal, não há que se falar em uma ordem jurídica autônoma se esta carece de diversos atributos essenciais, tampouco em um sistema jurídico suficiente se lhe falta o mais importante, que é a segurança.

Essas duas teorias, portanto, enquadram-se naquilo em que Ralf Michaels (2007, p. 48), em artigo publicado pela Indiana University, vai chamar de “narrativa romântica da *lex mercatoria*”, enredo em que este corpo normativo é representado por estudiosos sob o “romântico ideal [de que se trata] de um Direito espontâneo, criado no, pelo e para o comércio, independente do Estado”. No entanto, como se pode constatar, fruto de uma doutrina que se apegou à própria convicção e engavetou a realidade.

Se, atualmente, o direito positivo nacional, simplesmente considerado, já mal consegue prover o nível de segurança que exigem as relações cotidianas, como sustentar que um retorno à *lex mercatória*, diante sua tamanha inconsistência atual, a diversidade de costumes e a rapidez na evolução do mercado, seria capaz de prover – e de forma autônoma! – a segurança de que tanto dependem as relações comerciais?

O princípio da segurança jurídica, ante o reconhecimento das insuficiências da *lex mercatoria*, não só é claro em depor contra a autonomia desse corpo normativo, como também evidencia sua ineficiência na regulação de transações comerciais.

Portanto, rememore-se que os negócios exigem, no presente, um certo poder sobre aquilo que há de suceder futuramente, e a *lex mercatoria*, pelo menos nesse atual estágio de seu desenvolvimento, por não apresentar os atributos essenciais de um sistema jurídico, não pode ainda oferecê-lo em condições melhores que o Direito nacional.

Como atesta Rechsteiner (2014, p.), “a *lex mercatória*, como disciplina autônoma do comércio internacional, ainda está numa fase inicial. ” Se pretende, então, voltar a regular as relações comerciais internacionais como a autonomia que um dia o fez, há muito ainda que se trabalhar no que diz respeito ao seu desenvolvimento e sistematização.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Revista de Direito do Estado**, n°1, janeiro/março 2006, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS CERCAL, Manuella. **A evolução da arbitragem no brasil**. 2012. 6 f. Monografia, Curitiba, 2012. Disponível em: < <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/06/A-EVOLUCAO-DA-ARBITRAGEM-NO-BRASIL.pdf>>. Acesso em: abril 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1.ed. rev. e, atual., 1. impr. – Curitiba: Editora Nova Fronteira, 1975.

GUERRA FILHO, Wilis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HOLANDA. Corte Internacional de Justiça. **NICARAGUA v. UNITED STATES OF America. Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua**. Haia, 26 de Novembro de 1984. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6485.pdf>>. Acesso em: abril de 2017.

HORNBY, A.S. **Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English**. – 6. ed. rev. e atual. – New York: Oxford University Press, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES, José Carlos; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Fontes do direito do comércio internacional: a Lex Mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Org.). **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004

MANN, F.A. England Rejects ‘Delocalised’ Contracts and Arbitration. In: **The International and Comparative Law Quarterly New York**. Cambridge University Press, 1984, v. 33.

MICHAELS, Ralf. **The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State**. Indiana Journal of Global Legal Studies, Indiana, 2007. 11º artigo, p. 48, vol. 14. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1359&context=ijgls>>. Acesso em: abril. 2017.

OGLINDĂ, Bazil. **The principle of confidentiality in arbitration. Application and limitations of the principle**. Perspectives of Business Law Journal. Society of Juridical and Administrative Sciences, 2015. Disponível em: <http://www.businesslawconference.ro/revista/articole/an4nr1/Art.%2010%20Bazil%20Oglinda%20EN.pdf>>. Acesso em: abril 2017.

RECHSTEINER, Beat Walter . **Direito Internacional Privado : teoria e prática**. 16. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

[RODRIGUEZ, Ana Mercedes Lopez. Lex mercatoria. University of Aarhus. 2002. p. 46-54. Disponível em: <http://law.au.dk/fileadmin/site_files/filer_jura/dokumenter/forskning/rettid/artikler/20020046.pdf>. Acesso em: abril 2017.](#)

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.