

“LEX MERCATORIA” E CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

JOAO LUIS NOGUEIRA MATIAS*

- I. Noções Introdutórias.
- II. Contrato Comercial Internacional.
- III. Prática Comercial.
 - A) Lex Voluntatis.
 - B) Contratos sem Lei.
 - C) Contratos Omissos.
 - D) Contrato-Tipo e Condições Gerais.
 - E) Incoterms.
- IV. Direito Uniforme.
- V. Lex Mercatória.
- VI. Conclusão.

I. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A instauração de uma nova ordem econômica internacional é, atualmente, um imperativo. Apenas desta forma vislumbra-se uma saída da atual crise econômica mundial. Crise esta de que não é mais possível sair com base nas antigas normas de Direito Internacional e nas tradicionais relações entre os Estados que conservam e acentuam a divisão entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

O comércio internacional surge, então, dentro deste contexto, como condição sine qua non para o estabelecimento de uma nova ordem econômico-jurídica internacional.

Entretanto, o desenvolvimento do Comércio Internacional tem como pressuposto segurança jurídica. Sem dúvida, os comerciantes agiriam com mais confiança se estivessem convencidos de que poderiam fazer valer seus direitos e realizar seus interesses como se estivessem sempre, e em qualquer país, sob o império da mesma lei.

Um grande obstáculo ao desenvolvimento do Comércio Internacional é o fato das trocas comerciais internacionais continuarem a ser regidas por vários direitos nacionais. Essa diversidade de ordenamentos aptos a regular uma mesma relação jurídica, causa problemas na regulação de aspectos importantes dos Contratos Internacionais, aspectos tais

como: a transferência de riscos, o momento de formação dos contratos feitos por correspondência, o princípio da responsabilidade civil, cláusulas de limitação de responsabilidade, efeitos da responsabilidade contratual, etc. Outras diversidades que causam problemas graves dizem respeito à própria estrutura dos sistemas jurídicos que sendo diferentes entre si confrontam-se no que diz respeito às peculiares formas de interpretação, regras de direito internacional privado, conformação das categorias de conexões, ordem pública, etc.

De tudo isto resulta uma contradição fundamental nas relações comerciais internacionais, quanto ao seu regime jurídico, já que as relações jurídicas pelas quais elas se realizam são de natureza internacional, ao passo que o direito que regula essas relações é de caráter nacional.

Em razão da acentuada importância do Comércio Internacional para a construção de uma nova ordem econômica mundial, que teria como escopo a repartição do desenvolvimento e do bem-estar, predica-se a uniformização do Direito do Comércio Internacional, única forma de garantir a segurança jurídica que o Comércio necessita para o seu desenvolvimento.

Observa-se o gráfico abaixo que visa demonstrar, de forma sucinta, a importância do Comércio Internacional para a construção de uma nova ordem, assim como, o papel da unificação do Direito Comercial Internacional para o desenvolvimento do Comércio.

Direito Uniforme do Comércio Internacional à Segurança Jurídica à Comércio Internacional à Nova Ordem Econômica à Desenvolvimento Mundial

II. CONTRATO COMERCIAL INTERNACIONAL

O Comércio Internacional tem como seu maior instrumento os Contratos. Pode-se então afirmar que os contratos são a mola propulsora do Comércio Internacional.

Mister faz-se a definição de Contratos Internacionais, antes, apenas alertamos que a diferenciação entre contratos internos e internacionais não é meramente teórica. Na verdade, tem grandes repercussões práticas, principalmente no que tange aos efeitos do Contrato.

Quando os elementos constitutivos do contrato (partes, objeto, lugar onde se pactua a obrigação, lugar onde deverá surgir seus efeitos, etc.) se originam e se realizam dentro dos limites geográfico-políticos de um único país, estamos situados no âmbito interno das obrigações. Inversamente, quando as partes contratantes tenham nacionalidades diversas ou domicílios em países distintos, quando a mercadoria ou o serviço objeto da obrigação seja entregue ou seja prestado além fronteiras, ou quando os lugares da celebração e execução das obrigações contratuais tampouco coincidem, estaremos no âmbito dos Contratos Internacionais. Enquanto no primeiro caso o direito interno regulará todos os aspectos relativos à formação e conseqüências do negócio jurídico, na segunda, existe a possibilidade de diversas legislações pretenderem exercer controle, tal como a lei nacional

das partes contratantes, a lei do domicílio, a lei de celebração do contrato, a lei do lugar de sua execução, etc.

Uma das notas características dos Contratos Internacionais é a sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros dados de estraneidade, como o domicílio, a nacionalidade, a *lex voluntatis*, a localização da sede, centro de principais atividades e até a própria conceituação legal.

Interessante é a opinião de José Maria Espinar Vicent, que propôs definir o Contrato Internacional de acordo com os seguintes pontos: (1)

- a) são contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais, entre empresas pertencentes a diferentes países;
- b) são contratos que, devido à concentração oligopolista dos bens e atual estrutura do Comércio Internacional, não só afetam aos Estados diretamente conectados à operação que instrumentalizam, mas a todos os países que integram a área do mercado dos bens ou serviços aos quais se referem;
- c) são contratos nos quais ao menos uma das partes desempenha papel preponderante no meio econômico internacional, no que concerne à matéria objeto do acordo;
- d) são contratos que, em razão da organização transnacional dos poderes econômicos privados, põem em jogo, direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem habitualmente ao setor de atividade em que se inclua a operação;
- e) normalmente, a forma desses contratos responde a caracteres peculiares, entre os quais se destacam: a homogeneidade de suas disposições, a existências de cláusulas de submissão, a arbitragem e o emprego de terminologia unificada.

O Contrato Internacional é necessariamente extraterritorial, ainda que as partes tenham a mesma nacionalidade. O que importa são os fatores decorrentes em toda a sua amplitude da domicialidade e dos sistemas jurídicos intervenientes.

Irineu Strenger o define de forma magistral em obra específica sobre o assunto: "São Contratos Internacionais do Comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal, lugar do contrato, lugar da execução ou qualquer circunstância que exprima um nome indicativo do Direito aplicável". (2)

Problema que se impõe aos Contratos Internacionais é a Lei que lhes é aplicável. As partes, visando fugir aos conflitos de leis, estabelecem práticas que objetivam possibilitar segurança jurídica aos Contratos.

III. PRÁTICA COMERCIAL

Já vimos que grande questão que se impõe diz respeito à regulamentação do Contrato Comercial Internacional. Entretanto, o Comércio é sobretudo Prática. Vejamos, agora, como têm as partes procurado resolver os problemas da regulação e do conflito de Leis, buscando sempre a segurança jurídica.

a) *Lex Voluntatis*

Com base na autonomia privada, as partes escolhem a Lei aplicável ao Contrato.

Alguns sistemas jurídicos estabelecem limites à *Lex Voluntatis*. Limites tais como que a escolha seja restrita à Lei domiciliar ou nacional das partes ou que a escolha tenha vinculação com as partes ou com a transação.

O problema central aqui é definir até que ponto é aceita a autonomia das partes. Algumas teorias procuram elucidar tal questão.

Os subjetivistas puros afirmam que a vontade prima sobre a Lei. O ajuste de vontades seria suficiente para dar nascimento ao Contrato. No momento em que as partes escolhem a Lei aplicável, esta adquire força obrigatória em razão da vontade das partes. A Lei escolhida assumiria o caráter de disposição contratual.

Para os objetivistas puros, ao contrário, a vontade não desempenha nenhum papel na determinação da Lei aplicável que fica na dependência da localização objetiva do Contrato, o elemento de conexão imperativo e único do contrato, que seria a Lei do lugar de sua constituição ou conclusão, como ocorre em diversos ordenamentos.

Battifol é adepto de um objetivismo moderado. A teoria da localização defende a idéia de que a escolha das partes não é senão um índice de localização entre vários outros. As partes não são senão um índice de localização entre vários outros. As partes seriam livres de se situarem num ou noutro meio jurídico, mas não de recusar a Lei que o rege.

Na prática internacional predomina um auto-subjetivismo moderado, de modo que uma cláusula de eleição de direito se reveste de pleno valor.

No Contrato Internacional, sendo situação pela qual a determinação da Lei aplicável é tarefa difícil e árdua, o recurso à vontade dos contratantes sobre este ponto parece infinitamente útil, na perspectiva da previsibilidade do direito, da segurança das transações e dos interesses do Comércio Internacional.

Quanto à escolha das partes, há de se diferenciar dois tipos de questão. Elas podem escolher a Lei aplicável e o foro competente. São questões que se diferenciam claramente, mas que, entretanto, em alguns casos, podem estar intimamente ligados.

O art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece regras quanto ao direito aplicável. Ele dispõe: "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a Lei do País em que se constituírem". Os parágrafos 1º e 2º dispõem respectivamente:

Parágrafo Primeiro: "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".

Parágrafo Segundo: "A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente".

No que tange à competência jurisdicional, o Código de Processo Civil Brasileiro dispõe em seus Arts. 88 e 89 da seguinte forma:

"Art. 88 - É competente a autoridade 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."

"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".

Em relação ao Art. 88, a competência é relativa, ou seja, são competentes tanto o juiz nacional como o juiz estrangeiro, desde que a pessoa submeta-se à jurisdição estrangeira. É polêmico na doutrina e na jurisprudência a caracterização da submissão.

Já no Art. 89, a competência é absoluta, não se admite outra autoridade judiciária que não a brasileira.

No Brasil, os procedimentos adotados pelas autoridades administrativas ligadas ao Comércio Exterior e às próprias decisões judiciárias, aceitando a validade e força da cláusula da eleição do direito aplicável, corroboram no sentido da aceitação desta prática. Em relação à cláusula de escolha do foro, o C.P.C., como vimos anteriormente, nos indica critérios mais objetivos.

Deve-se ter em mente que a autonomia da vontade é exercida no interior de limites determinados pela noção de Ordem Pública, de um lado e pelas Leis imperativas, de outro. Devendo-se entender que a Ordem Pública no Direito Internacional é um remédio no

sentido de não se aplicar uma Lei estrangeira quando tal aplicação tenha o efeito de prejudicar o país.

b) Contratos sem Lei

Quando nos referimos a Contratos sem Lei, estamos diante de duas situações:

Na primeira, tratamos de Contratos subordinados às próprias disposições contratuais. Não haveria submissão a qualquer Lei, apenas a advinda do consentimento. Entretanto, a vontade das partes apenas tem validade dentro dos limites e segundo as condições de uma Lei. É esta que dá efeito à troca de consentimento das partes.

Na segunda, referimo-nos à Lex Mercatória. Os Contratos não estariam submetidos a uma ordem qualquer, mas sim a um direito uniforme do Comércio Internacional, construído a partir da pressão autonormativa exercida pelos comerciantes.

Essas hipóteses são impolgentes. Partem do pressuposto de que sem Lei não haveria conflito de Lei, entretanto, emperram em obstáculos grandiosos.

Afirma-se mesmo, que um juiz jamais deixará de estar vinculado a um direito interno, pois, não poderá deixar de apreciar o valor jurídico em função de seu próprio direito.

c) Contratos Omissos

Ocorre problema de grandes proporções quando o contrato é omissivo quanto ao direito aplicável. Estes contratos estão sujeitos aos elementos de conexão vigentes nas normas de direito internacional privado. No Brasil o Art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil regula esses contratos.

Entretanto, casos há em que essas normas são insuficientes. Foi pensando nisso que Dicey, na Inglaterra, desenvolveu a teoria de que, tendo as partes negligenciado a escolha do direito que deve reger seu Contrato, de alguma forma indicam, ao Tribunal, sua vontade de ver tal ou qual Lei reger suas relações convencionais. A teoria da vontade tácita defende que, desde que nenhuma escolha expressa tenha sido registrada, a Lei mais apta a reger o Contrato seria aquela que as partes, indubitavelmente, teriam considerado como devendo reger suas relações contratuais, se a questão lhes tivesse sido colocada. Com base nessa proposição, os Tribunais desenvolveriam algumas presunções que poderiam indicar as intenções das partes, por ocasião da redação do Contrato.

Por exemplo, as partes utilizam língua que não pode ser compreendida ou não é inteligível, senão à luz de um sistema jurídico determinado.

d) Contrato-Tipo e Condições-Gerais

Os Contratos-tipo são regulamentos ou fórmulas de contrato padronizados, definindo tão-somente no que tange às particularidades de cada ramo do comércio. Geralmente são construídos pelas associações de classe ou atividade negocial.

As condições-gerais são regulamentações detalhadas às quais as partes podem se referir em suas negociações, que pela utilização dessas fórmulas ficam tão facilitadas que se restringirão às particularidades de cada negócio, tais como, preço, prazo de entrega, pagamento, etc. A Comissão Econômica para a Europa da O.N.U. organizou um lista de condições-gerais.

e) Incoterms

São regras internacionais para a interpretação de termos comerciais. Disciplinam regras internacionais de natureza facultativa, precisando a interpretação dos principais termos utilizados nos Contratos de Vendas com o estrangeiro.

Os Incoterms tem como escopo harmonizar os negócios internacionais. Apoiados nessas regras os comerciantes impõem às suas atividades maior segurança, como também, evitam as incertezas decorrentes das diversidades sistemáticas dos diferentes países.

A Câmara de Comércio Internacional de Paris publicou regras internacionais de interpretação dos termos em 1936. Em 1953 foram revisadas.

IV. DIREITO UNIFORME

Os comerciantes com a prática contratual têm procurado descobrir maneiras de solucionar os conflitos de Leis.

Além das tentativas isoladas que estudamos nos pontos anteriores, é pensamento comum que os conflitos de Leis apenas serão resolvidos com a unificação do Direito Comercial Internacional. Várias tentativas foram realizadas para tentar unificar o Direito Comercial Internacional, contudo, não lograram a solução definitiva do problema.

Existem experiências regionais de unificação de regras do Comércio Internacional. Estas unificações regionais abrangiam grupos de Países ligados por laços comuns, laços esses que poderiam ser a localização geográfica, identidade cultural ou sistema político-econômico semelhante.

Os países socialistas membros do Comércio fizeram uma unificação regional que se consubstanciou nas "Condições Gerais para Entrega de Mercadorias", destinada a governar a venda comercial entre as organizações econômicas desses países que se ocupam do Comércio Exterior. Foi uma experiência bastante interessante. As condições governavam todos os aspectos da Venda Comercial Internacional. Tinham natureza legislativa e caráter imperativo.

Outras experiências de unificação regional ocorreram nos Países da Europa e da América Latina. No atual estágio da União Européia, já é possível falar em direito comunitário.

Alguns autores destacam que essa espécie de unificação pode ser prejudicial a uma unificação global do Direito Comercial Internacional, já que os países nela envolvidos poderiam não se sentir dispostos a abandonar um sistema jurídico já construído.

Durante bastante tempo, principalmente em face da difícil conciliação dos sistemas do civil e do common law, a Uniformização Parcial ou Fragmentária do Comércio Internacional, a que se realiza por assunto, foi de bom uso, pois, evitava-se a mexida em princípios gerais inconciliáveis de ambos os sistemas. Assim, temas de vocação universal foram com facilidade unificados, tais como, transportes aéreos, marítimos, estradas de ferro, propriedade intelectual, arbitragem comercial internacional, etc.

Atualmente, questiona-se a validade da unificação parcial como solução definitiva. Necessita-se não mais de Leis uniformes, mas sim de Lei Uniforme.

Sempre que surgem dúvidas a respeito da Lei aplicável a um Contrato Comercial Internacional, recorre-se ao Direito Internacional Privado.

Aparentemente, leva-se a crer que a unificação do Direito Internacional Privado, como direito responsável pela solução do conflito de Leis, garantiria a certeza jurídica da qual o Comércio Internacional tem necessidade.

A Conferência de Direito Internacional Privado de Haia, objetiva a unificação progressiva das regras de Direito Internacional. Elaborou a Convenção sobre a Lei aplicável às Vendas de Caráter Internacional de objetos corpóreos móveis.

Contudo, a unificação das regras de Direito Internacional Privado não responde às necessidades de certeza jurídica. Estas simplesmente apontam o Direito Aplicável e este será sempre um Direito Nacional.

A busca da unificação das normas de Direito Comercial Internacional permanece. A Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, assim como, a CNUDCI (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), realizam constantes esforços pela unificação, tudo no espírito do art. 13 da Carta das Nações Unidas, que confia à Assembléia Geral a tarefa de organizar estudos e fazer recomendações, tendo em vista encorajar o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional e sua codificação.

V. LEX MERCATÓRIA

Após as inúmeras tentativas de unificação do direito do Comércio Internacional, que já estudamos, percebemos que o escopo a que se propunham, a segurança jurídica, não foi atingida.

É dentro deste contexto que alguns autores destacam a importância da Lex Mercatória. Esta seria um conjunto de regras, princípios e costumes oriundos da prática comercial, sem vinculação a qualquer direito nacional.

É necessário que se distinga a antiga da nova Lex Mercatória. Ambas são frutos da prática comercial, moldadas a partir da pressão autonormativa dos operadores econômicos. Contudo, a antiga surgiu das necessidades de outra época; surgiu a partir dos anseios dos comerciantes, classe àquela época emergente, de libertarem-se das amarras feudais. Hoje, predica-se a existência de uma nova Lex Mercatória. O único ponto em comum com a antiga seria a necessidade para o comércio internacional de ter um direito uniforme próprio.

Uma nova ordem de relações econômicas internacionais exige uma nova ordem jurídica, que se poderia chamar de nova Lex Mercatória. Esta é chamada a ter um papel de Direito Comum do Comércio Internacional, não podendo, portanto, ser de natureza costumeira, como o Artigo jus mercatorum, mas deve ser de natureza legislativa, pondo, assim, os Estados diante de suas responsabilidades e obrigações, influenciando numa questão de maior importância para a vida internacional.

Entre os defensores da teoria da Lex Mercatória, destacam-se autores como Philippe Francescakis, Berthold Goldman, Philippe Kahn e Clive Schmitthof. Entre os que são contra temos Henry Batiffol, Coussouarn, Klein e Mann. Os críticos alegam, sobretudo, sua fragilidade e inaptidão para regular as relações econômicas internacionais.

VI. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, refletimos sobre os graves problemas que afligem os países de nossa época. Necessita-se, para sair dessa crise, de uma nova ordem econômica internacional. O Comércio Internacional exerce papel relevantíssimo no desenvolvimento dessa nova ordem, sobretudo, pelo caráter de universalidade que possui hoje.

O instrumento básico do Comércio Internacional são os contratos. É através deste que o comércio se desenvolve.

Após a definição de contratos comerciais nos deparamos com uma questão fundamental: qual a Lei aplicável ao Contrato Internacional.

Em busca dessa resposta, analisamos as saídas a que os comerciantes no dia a dia recorrem para evitar os conflitos de Leis, assim como as tentativas de Uniformização do Direito Comercial Internacional.

Em face da insuficiência das práticas comerciais e das tentativas de uniformização do Direito Comercial Internacional, surge a Lex Mercatória. Teoria que tenta, através de um conjunto de normas autônomas, trazer a segurança jurídica que o comércio necessita, acabando com o conflito de Leis.

A Lex Mercatória é uma teoria fascinante. Contudo, carece de aplicação prática, principalmente pelo fato de que não possui uma perfeita sistematização, assim como, carece de obrigatoriedade.

Por conclusão, acreditamos que, no estágio em que se encontra, a Lex Mercatória não atende às expectativas dos operadores econômicos.

*Juiz Federal no Ceará | Professor da UFC | Mestre em Direito.

MATIAS, João Luis Nogueira. “ **Lex Mercatoria**” e **Contratos Comerciais internacionais**. Disponível em <http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol08/07LexMercatoria.htm>. Acesso em 14 de novembro de 2006.