

A LEX MERCATORIA E O DIREITO BRASILEIRO

Pedro Paulo Cristofaro*

“Para os críticos da lex mercatoria esta existiria apenas na fantasia de seus idealizadores e, sobretudo, nos halls dos hotéis de Genebra freqüentados por certo tipo de árbitros internacionais. Tratar-se-ia de uma tese sem qualquer fundamento teórico, de conteúdo incerto e - como se não bastasse - também errada do ponto de vista da política do direito, visto que, na prática, serviria muito freqüentemente como folha de figueira atrás da qual se esconderia a substituição arbitrária da norma aplicada objetivamente pela própria valoração e preferência pessoal. Essa objeção, embora possa parecer excessiva, contém, indubitavelmente, uma parcela de verdade.”¹

Sumário: O conceito polêmico de lex mercatoria. A nova lex mercatoria. O parágrafo 2º do artigo 2º da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9307, de 23 de setembro de 1996) encampa a lex mercatoria. A alegada violação do princípio de segurança jurídica que decorreria da aplicação da lex mercatoria. O que está compreendido nas "regras internacionais de comércio" a que alude o parágrafo 2º do artigo 2º da Lei 9307, de 1996. Princípios gerais, contratos e convenções internacionais, normas compiladas por entidades ligadas ao intercâmbio econômico internacional, jurisprudência arbitral. Quando é legítimo aplicar a lex mercatoria.

1. A opinião extremada transcrita como preâmbulo deste trabalho bem evidencia as incertezas que cercam o conceito de *lex mercatoria*. Se não são tantos assim os que lhe negam a própria existência, reduzindo-a, como menciona o texto transcrito do acatado Digesto, a uma fabulação fútil desenvolvida por interesseiros, o mais superficial exame da abundante doutrina que trata da lei dos mercadores patenteia a

* Procurador (aposentado) do Estado do Rio de Janeiro

¹ *No original:* "Per i critici della lex mercatoria questa esisterebbe soltanto nella fantasia dei suoi ideatori e, tutt'al più, nelle halls degli alberghi ginevrini frequentati da un certo tipo di arbitri internazionali. Si tratterebbe di una tesi priva di qualsiasi fondamento teorico, dai contenuti incerti e - come se non bastasse - anche sbagliata dal punto di vista della politica del diritto, visto che in pratica troppo spesso servirebbe soltanto come foglia di fico dietro cui nascondere l'arbitraria sostituzione della normativa oggettivamente applicabile con le proprie valutazioni e preferenze personali." (Michael Joachim Bonell, "Lex Mercatoria", in *Novissimo Digesto Italiano*, 4ª Edição, Editora Torinese, Turim, 1957, vol. 9, pg 16)

diversidade de conceitos que buscam traduzir e precisar o sentido e o significado dessa expressão.²

2. Conceituar *lex mercatoria*, definir que normas se enquadram dentro do instituto e em que circunstâncias podem ser aplicadas são tarefas às quais não se pode furtar o aplicador do direito brasileiro. E isto por um motivo tão simples quanto evidente. O direito brasileiro encampou a *lex mercatoria* ao dispor no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei 9307, de 23 de setembro de 1996 que: “poderão também as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

3. Essas *regras internacionais de comércio*, que a lei brasileira torna aplicáveis às relações jurídicas submetidas ao direito brasileiro quando as partes convencionem que com base nelas se solucionem questões submetidas à arbitragem, são o que se chama de *lex mercatoria*.

4. A expressão *lex mercatoria* se origina do direito da Idade Média e nomeava as regras seguidas no comércio, independentemente do direito estatal. No caso de relações de comércio entre pessoas submetidas a direitos diferentes, a aplicação da *lex mercatoria* afastava a aplicação das regras de conflito de leis.³

5. A internacionalização do comércio sempre existiu, mesmo quando não se contestava a utilidade da aplicação pelos estados de políticas protecionistas,

² "*Lex mercatoria* parece significar coisas diferentes para pessoas diferentes. Os autores do presente trabalho sugerem ser útil distinguir as várias noções classificando-as em três grupos. Primeiro, o conceito mais ambicioso de *lex mercatoria* é o de um ordenamento autônomo, criado espontaneamente pelas partes envolvidas em relações econômicas internacionais, existindo independentemente dos ordenamentos jurídicos nacionais. Segundo, a *lex mercatoria* tem sido vista como um corpo de regras suficientes para resolver uma disputa, funcionando como uma alternativa à lei nacional que seria aplicável. Terceiro, ela pode ser considerada como um complemento à lei aplicável, vista como nada mais que uma consolidação gradual dos usos e expectativas consagradas no comércio internacional". No original: "*Lex mercatoria* seems to mean different things to different people. The present authors suggest that the various notions may usefully be distinguished and grouped under three headings. First, the most ambitious concept of *lex mercatoria* is that of an autonomous legal order, created spontaneously by parties involved in international economic relations and existing independently of national legal orders. Second, *lex mercatoria* has been viewed as a body of rules sufficient to decide a dispute, operating as an alternative to an otherwise applicable law. Third, it may be considered as a complement to otherwise applicable law, viewed as nothing more than the gradual consolidation of usage and settled expectations in international trade". (W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", Third Edition, Oceana Publications Inc, Dobbs Ferry, New York, 2000, pg 623).

³ "*Lex mercatoria*. Expressão retomada da história do direito da Idade Média para designar o direito elaborado pelos meios profissionais do comércio internacional ou seguido espontaneamente por esses meios independentemente do direito estatal e cuja aplicação, por esse motivo, escapa ao método do conflito de leis". No original: "*Lex mercatoria*. Expression reprise de l'histoire du Droit du Moyen Age pour désigner le Droit élaboré par les milieux professionnels du commerce international ou spontanément suivi par ces milieux indépendamment de tout Droit étatique et dont l'application échapperait, pour cette raison, à la méthode du conflit de lois" ("Vocabulaire Juridique", publicado pela Association Henri Capitant, sob a direção de Gérard Cornu, 7ª edição, Presse Universitaire de France, Paris, junho de 2005, pg 535).

enfaticamente defendidas como manifestações da soberania e da preservação dos interesses nacionais, estes não raramente confundidos com os interesses particulares de alguns agentes econômicos. Hoje o protecionismo está em baixa, disseminando-se a crença de que a liberação das trocas entre os países, a ampliação dos mercados, a eliminação de barreiras ao intercâmbio econômico entre as nações terão conseqüências benéficas generalizadas. Essa tendência à liberação do comércio e dos negócios internacionais em geral, ainda que tendo de vencer preconceitos enraizados e interesses cristalizados, não se limita apenas à criação de zonas regionais de livre-comércio e aos mercados comuns, mas atinge todo o comércio mundial, rompendo as fronteiras nacionais e fazendo perder força o conceito de soberania. A liberalização se insere no processo de globalização e integração dos mercados, que é irreversível⁴. Como conseqüência, incrementam-se as regras que, independentemente dos direitos estatais, regem as situações decorrentes não apenas do comércio internacional de mercadorias mas de todo o tipo de intercâmbio econômico que extravasa as fronteiras nacionais⁵. Nesse processo de globalização do direito aplicável à atividade econômica, é fator importante a atuação das empresas multinacionais que, exercendo suas atividades independentemente das fronteiras nacionais, constituem fator de disseminação pelo mundo de comportamentos e regras de conduta⁶. A velha *lex mercatoria*, portanto, atualiza-se, adaptando-se a um

⁴ "A mundialização da economia e, na sua esteira, a globalização dos mercados são uma realidade de fato que se impõe, hoje, com força a todos os agentes econômicos. Este processo de integração dos mercados nacionais em um vasto conjunto planetário, que recusa as fronteiras e contesta o princípio mesmo das soberanias nacionais, é o produto de uma lenta e inexorável evolução conduzida por uma adesão quase universal aos princípios da economia de mercado ... Os últimos bastiões de resistência à abertura de seus mercados, seja Havana, seja Pyongyang, são a partir de agora condenados, a despeito do ardor dos combates de retaguarda travados por trás do ilusório escudo de sua estruturas marxistas-leninistas". No original: "Ce processus d'intégration des marchés nationaux dans un vaste ensemble planétaire, qui refuse les frontières et conteste le principe même des souverainetés nationales, a été une lente et inexorable évolution conduite par un ralliement quasi universel aux principes de l'économie du marché ... Les derniers bastions de résistance à l'ouverture du marché, que se soit la Havane ou Pyong Yang, sont d'ores et déjà condamnés quelle que soit l'ardeur de leurs combats d'arrière garde derrière l'illusoire bouclier de leurs structures marxistes-leninistes." (Jean-Luc Herrenschmidt, "L'Irreversibilité de la Mondialisation", in "La Mondialisation du Droit", obra organizada por Eric Loquin e Catherine Kessedjian e que reúne manifestações de participantes do colóquio realizado em Dijon de 13 a 15 de setembro de 1999 pelo Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, Editions Litec-CREDIMI, Dijon, 2000, pgs 387 e 391).

⁵ "... a economia mundial veio assumindo sempre mais marcadamente os caracteres de uma economia global, que tende a superar os conflitos políticos dos Estados e a reduzir o planeta à unidade econômica. A economia global se sobrepôs ao antigo comércio internacional. No passado, a produção era sempre nacional, eram internacionais os mercados de provisão de matérias primas e de colocação de produtos acabados. Na economia que se diz global não são as mercadorias que circulam além dos confins nacionais; em âmbitos internacionais se desloca e se ramifica a própria organização produtiva e distributiva." (Francesco Galgano, "Lex Mercatoria", in Revista de Direito Mercantil, vol 129, janeiro/março de 2003, pg. 227, tradução de Erasmo Valladão e de A e N. França).

⁶ "As multinacionais constituem potente fator de propagação, no mundo, de práticas e modelos contratuais uniformes; concorrem para a formação daquela nova *lex mercatoria*, à qual se tende hoje a reconhecer o caráter de originário e supranacional ordenamento jurídico da *business community*, que não reconhece nacionalidade e se estende à inteira 'aldeia global'. Ao mesmo tempo, a economia global, da qual as multinacionais são as principais protagonistas, produz um efeito gravemente perturbador sobre as estruturas jurídicas e políticas dos Estados, frustra-lhes a política econômica, exautora-lhes as

mundo novo, realmente globalizado, já havendo até quem diga que ela se transmutará em uma *lex economica* mundial⁷.

6. O Brasil é um país paradoxal, em que debatem, de um lado, um moderno “empreendedorismo”, afinado com a realidade de um mundo revolucionado pela tecnologia, pela consciência da realidade do mercado, pela crescente integração comercial e cultural, e, de outro, o ranço de idéias que a realidade desmonta mas que persistem para os que, por interesse, por saudosismo ou por fé que nenhuma evidência abala, não aceitam as mudanças, a elas não se adaptam, não enxergam da ponte de comando ou da proa do barco o horizonte, mas vêem apenas as lanternas da popa. O parágrafo 2º do artigo 2º da Lei 9307/66, como aliás a própria edição da Lei de Arbitragem, passo fundamental para inserir o Brasil no concerto das nações que buscam modernizar-se, representa a vitória do moderno sobre o ultrapassado. Ao admitir que se recorra à *lex mercatoria* para a solução de conflitos, a Lei de Arbitragem representa um claro e desejável estímulo à crescente inserção do Brasil no mundo dos mercados. Apesar dos pesares, o direito brasileiro, como manifestação cultural, não se deixou retardar tanto assim no seguir esse “vetor de internacionalização” que é o comércio.

7. À vista do disposto no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei Brasileira de Arbitragem, parece perder sentido, no Brasil, a discussão que se trava, com relação à *lex mercatoria*, a respeito da exclusividade do Estado como fonte criadora do direito. No Brasil, não é necessário, para que as regras da *lex mercatoria* tenham o status de regras de direito, refutar o monopólio do Estado na edição das leis. No Brasil, a *lex mercatoria* é lei, encampada que foi pela Lei Brasileira de Arbitragem. A Lei 9307 deu à *lex mercatoria* uma força que a Lei de Introdução ao Código Civil não atribuiu ao costume e aos princípios gerais de direito. Esta, em seu artigo 4º, admite a aplicação do costume e dos princípios gerais de direito tão somente quando a lei for omissa. Já a Lei de Arbitragem, no parágrafo 2º de seu artigo 2º, não condiciona a aplicação da *lex mercatoria* à lacuna da lei brasileira.

leis. Os Estados soberanos, por potentes que sejam, não são mais tão soberanos quanto no passado. Eles não governam senão um minúsculo fragmento do mercado global, enquanto as multinacionais estão em grau de controlá-lo na sua inteireza” (Francesco Galgano, texto citado na nota de rodapé (5) supra, pg.228).

⁷ “Desde sempre o comércio e, portanto, a economia, zombaram das fronteiras nacionais. F Braudel observava que os eixos de penetração cultural eram idênticos aos eixos de penetração comercial, mas que o comércio sempre precedeu à cultura. O comércio é, por essência, o primeiro vetor da internacionalização. Essa tendência teve uma consequência notável no direito dos negócios: a aparição de um corpo de regras especiais destinadas a regular situações, a *lex mercatoria*. A integração das economias terá, sem dúvida, o efeito de criar uma *lex economica* de vocação mundial”. No original: “Depuis toujours, le commerce, et donc l'économie, se sont moqués des frontières nationales. F. Braudel observait que les axes de pénétration culturelle étaient identiques aux axes de pénétration commerciale, mais que le commerce a toujours précédé la culture. Le commerce est par essence le premier vecteur de l'internationalisation. Cette tendance a eu en droit des affaires une conséquence notable: l'apparition d'un corps de règles spéciales destinées à régir ces situations, la *lex mercatoria*. L'intégration des économies aura sans doute pour effet la création d'une *lex economica* à vocation mondiale” (Claude Lucas de Leyssac, Gilbert Parleani, “Droit du Marché”, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pg.51).

8. Assentado, assim, que o direito brasileiro encampou a *lex mercatoria* resta a tarefa – certamente mais difícil – de tentar precisar o que integra a *lex mercatoria*, o que se há de entender como "as regras internacionais de comércio", referidas no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei Brasileira de Arbitragem e quando essas regras podem ser aplicadas.

9. Essa tentativa deve passar previamente por uma ponderação, senão uma refutação, sobre a crítica que freqüentemente se faz à aplicação da *lex mercatoria*: a de que, devido à imprecisão a respeito do que nela se compreende, a sua aplicação levaria a uma incerteza e imprevisibilidade de resultados, danificando a segurança jurídica⁸. A crítica tem consistência, não apenas pela autoridade dos que a vocalizam – na nota de rodapé (8) é trazida à colação a autorizada opinião do respeitado CARLOS ALBERTO CARMONA, que, no texto transcrito, refere-se à mesma preocupação por parte do não menos acatado JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO – mas também pelo receio com que se deve ver a tão em moda aplicação descuidada de conceitos abertos e vagos que transferem ao julgador poderes de efetivamente criar, de acordo com o seu entendimento e suas convicções tantas vezes ideológicas, a regra aplicável ao caso depois que ele ocorre⁹.

10. Com toda a cautela que merece o alargamento desmesurado dos poderes do julgador, o que, por afetar a segurança jurídica, valor tão respeitável quanto a

⁸ "Considerando que não há um sistema legal internacional, e que também não existem normas uniformes aceitas universalmente, percebe-se que os árbitros que recebem poderes para julgar de conformidade com as regras do comércio internacional acabam tendo a possibilidade de julgar de acordo com o que consideram correto e justo, colocando-os em posição semelhante à dos *amiables compositeurs*. Em última análise, as partes, ao estabelecerem que os árbitros julgarão segundo as regras do comércio internacional, estão afastando a incidência de uma outra lei nacional (ou seja, estão desnacionalizando o contrato) o que permite aos julgadores decidir com a aplicação da lei que julgarem adequada, ou então seguir pura e simplesmente a praxe internacional, decidindo segundo a experiência do comércio internacional e seus respectivos princípios gerais, o que acaba por permitir - diante da nebulosidade das regras a serem aplicadas - o julgamento por equidade, com sua conseqüente incerteza e imprevisibilidade do julgado." (Carlos Alberto Carmona, "Arbitragem e Processo", Editora Atlas, São Paulo, 2ª edição, 2004, pg.85).

⁹ Neste passo, não parece estranho a este trabalho invocar a sábia lição de William Blackstone sobre os perigos dos julgamentos por equidade: "A liberdade para julgar todas as causas sob uma luz de equidade não deve ser levada longe demais sob pena de assim destruir-se a lei e deixar a decisão de cada questão inteiramente entregue ao coração do juiz. E a lei, sem a equidade, embora dura e desagradável, é muito mais desejável para o bem público do que a equidade sem a lei, o que transformaria cada juiz em legislador, introduzindo a mais infinita confusão". No original: "The liberty of considering all cases in an equitable light must not be indulged too far lest thereby we destroy all law and leave decision of every question in the breast of the judge. And law, without equity, though hard and disagreeable, is much more desirable for the public good than equity without law, which would make every judge a legislator and introduce most infinite confusion" - William Blackstone - 1723/1780 - Commentaries on the Law of England, Londres, 1765/1770).

Essa sábia lição, cuja sabedoria não foi vulnerada pelo decurso dos séculos e que é, nos dias que correm, tão oportuna, encontra eco na sempre ponderada e precisa lição de Humberto Theodoro Júnior em "A Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica", in Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, vol 9, nº 35, 2006, pgs 15/47 cuja leitura é especialmente indicada.

justiça, em última análise atinge direito fundamental do cidadão – o de, na medida do possível, saber que suas ações se conformam ao que estabelece a lei – não me parece que essa crítica que se faz à aplicação da *lex mercatoria* seja de todo procedente. Não creio que as normas do comércio internacional sejam tão vagas e imprecisas quanto as normas abertas e programáticas cujo conteúdo vai de fato ser fixado pelo julgador de acordo com suas convicções íntimas e sua escala de valores éticos ou políticos. A *lex mercatoria*, como um corpo de regras criadas pelos agentes do comércio internacional, não se presta tanto à subjetividade quanto a que se sujeita a interpretação das normas abertas e programáticas. A subjetividade na interpretação das regras internacionais de comércio não é tão maior assim do que a que cerca em todas as hipóteses a interpretação da lei. Mesmo os mais acerbos críticos da *lex mercatoria* hão de reconhecer que, a cada dia que passa, tornam-se mais precisos e mais divulgados, mormente entre os agentes do intercâmbio internacional, os princípios e as regras internacionais do comércio¹⁰. O possível risco que a aplicação desses princípios e regras pode levar à segurança das relações jurídicas parece ser um preço que não é caro pagar pelas vantagens resultantes da aplicação aos negócios internacionais de normas testadas pelos agentes do mercado¹¹.

11. O que está compreendido nas "regras internacionais de comércio" referidas no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Arbitragem? A expressão indica que a lei brasileira adota um conceito amplo do que sejam essas regras. Compreende elas, em um rol que não se tem a pretensão de ser exaustivo, desde princípios gerais (não exclusivos do direito dos mercadores mas certamente reforçados na sua aplicação aos contratos internacionais de comércio), passando pelos costumes e práticas comerciais e profissionais, pelas cláusulas e contratos-padrão, pelas convenções, pelas normas compiladas por entidades que lidam com o comércio internacional e pela jurisprudência arbitral¹².

¹⁰ “A situação que envolve a *lex mercatoria* começou a mudar com o aumento do volume do comércio internacional, expandindo-se o uso de formas contratuais modelo, como os Incoterms, e uma ativa cooperação internacional visando produzir regras escritas aplicáveis a contratos comerciais que ultrapassem as fronteiras nacionais. Com efeito, a *lex mercatoria* tornou-se mais visível, seu conteúdo mais aceitável e o resultado de sua aplicação mais previsível”. No original: “The situation surrounding *lex mercatoria* began changing with the rising volume of international trade, expanding use of model contract forms such as Incoterms and active international cooperation to produce written rules applicable to cross-border commercial contracts. In effect, *lex mercatoria* has become more visible and its contents more acceptable and the outcome of its application more predictable.” (Yahusei Taniguchi, “The Obligation to Mitigate Damages”, in “Evaluation of Damages in International Arbitration”, Edited by Yves Derain and Richard H. Kreindler, Dossiers, ICC Institute of World Business Law, Paris, Setembro de 2006, pg 89).

¹¹ Para uma visão crítica da aplicação da *lex mercatoria* ver o texto “Nova *lex mercatoria*” in “Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004”, de Lauro Gama Jr., Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pgs 231 e seguintes.

¹² “Com muito acerto resume a matéria José Alexandre Tavares Guerreiro: ‘A atuação da arbitragem comercial internacional está confirmando a existência de um conjunto de regras de direito desvinculado de qualquer fonte ou quadro estatal que recebe a designação de *lex mercatoria* (ou *New Law Merchant*) tendo por fundamento os costumes e os princípios gerais de direito, a experiência reiterada de cláusulas e contratos-padrão e de práticas reconhecidas internacionalmente por associações profissionais, organizações supranacionais e entidades semelhantes. A *lex mercatoria* pressupõe a existência de uma comunidade de operadores do comércio internacional, que possui interesses próprios e que encontra, na

12. Os princípios gerais que se constituem em regras de comércio internacional são muitos deles integrados ao direito interno da maioria dos países. Como já dito acima, mesmo aqueles princípios que fazem parte dos direitos nacionais têm muitas vezes um sentido e um significado próprio quando integrados à *lex mercatoria*. A regra da boa-fé objetiva, por exemplo, hoje consagrada no artigo 422 do Código Civil, tem, quando utilizada na interpretação e aplicação das normas do comércio internacional, uma consistência que deriva, certamente, da circunstância de que ela se desenvolveu no campo das relações comerciais e ainda de que, embora presente no direito brasileiro antes da edição do novo Código Civil, somente ganhou o status de norma de direito positivo aplicável a todos os contratos com o advento do novo Código.

13. Os contratos internacionais merecem menção especial como fonte da *lex mercatoria*. É certo que o contrato gera normas aplicáveis em princípio apenas às partes, e é, basicamente, lei entre elas, regulando situações específicas sem a generalidade que constitui elemento essencial à lei. A realidade do comércio internacional leva, no entanto, a que essas regras contratuais, que se destinam a regular uma operação certa e determinada, reiterem-se na prática dos operadores do comércio internacional, delas emergindo as cláusulas padrão e os contratos-padrão que a doutrina reconhece como um verdadeiro direito do comércio internacional¹³. Das práticas contratuais, das condições gerais e das cláusulas-padrão estabelecidas reiteradamente pelas partes nos contratos internacionais, dos contratos-tipo

arbitragem comercial internacional, o mecanismo adequado para a aplicação de normas aptas a resolver pendências instauradas quanto aos contratos celebrados, no âmbito dessa comunidade, pelas partes respectivas. A jurisprudência arbitral íntegra, por sua vez, o conteúdo da *lex mercatoria*, a qual, mesmo sem constituir ordem ou sistema, tende a se institucionalizar, cada vez mais superando a insuficiência do método do direito internacional privado, para a disciplina dos contratos internacionais, já que o resultado da aplicação desse método é exatamente a determinação de uma lei nacional, o que já não mais se coaduna com as necessidades contemporâneas' ". (Irineu Strenger, "Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem", Editora LTR, São Paulo, 1988, pg 32).

¹³ "A teoria da *lex mercatoria* integrou as práticas contratuais entre as fontes da *lex mercatoria*. O Professor Lalive [Pierre Lalive] sintetiza o fenômeno constatando que 'o desenvolvimento científico e técnico, a facilidade das comunicações, a necessidade de decisões rápidas obrigaram e obrigam a prática a inventar fórmulas novas que, pela experiência, se transformam em usos profissionais, em padrões, em contratos-tipo ou formulários-modelo ou costumes de um ramo de atividade antes de virem a ser um dia codificados por uma ou outra associação ou federação'. Essa 'presença' de uma normatização contratual das relações do comércio internacional é admitida mesmo por aqueles que duvidam da realidade do fenômeno da *lex mercatoria*'. No original: "La théorie de la *lex mercatoria* a intégré les pratiques contractuelles parmi les sources de la *lex mercatoria*. Le Professeur Lalive synthétise le phénomène en constatant que 'les développements scientifiques et techniques, la facilité des communications, la nécessité de décisions rapides ont contraint et contraignent la pratique à l'invention de formules neuves qui se transforment à l'expérience en usages professionnels, em standards, contrats-types ou formulaires modèles, en coutumes d'une branche d'activité avant d'être un jour codifiés par telle ou telle association ou fédération'. Cette 'présence' d'une normalisation contractuelle des relations du commerce international est admise même par ceux qui doutent de la réalité du phénomène de la *lex mercatoria*.'" (Eric Loquin, "La Volonté des Opérateurs Vecteur d'un Droit Mondialisé", in "La Mondialisation du Droit", op cit. na nota de pé de página (4) supra, pg 92).

elaborados por associações profissionais com o objetivo de facilitar os negócios de seus integrantes emerge um direito verdadeiramente internacional¹⁴.

14. As convenções internacionais são outra fonte das *regras internacionais de comércio* referidas no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei 9307, de 23 de setembro de 1996. Não se referem aqui apenas aquelas convenções que o Brasil tenha ratificado, que essas obviamente integram o direito brasileiro. Mesmo as normas das convenções não ratificadas pelo Brasil podem constituir *lex mercatoria* para fins de sua aplicação de acordo com a lei brasileira. Exemplo disso é a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (a denominada Convenção de Viena de 1980), que o Brasil, embora tenha participado do processo de sua elaboração, ainda não ratificou. É possível aplicarem-se as regras da Convenção de Viena aos contratos que tenham parte brasileira, seja por força da norma do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil que consagra o princípio *locus regit actum*, conjugada com o artigo 1(b) da Convenção de Viena que permite a sua aplicação em decorrência das normas de Direito Internacional Privado quando uma das partes não for signatária dela¹⁵, seja ainda, ao menos nas arbitragens internacionais, em decorrência do princípio da autonomia da vontade^{15.1}.

15. Já as normas compiladas por entidades ligadas ao intercâmbio internacional são utilizadas no dia-a-dia das transações internacionais e a elas se recorre com frequência. Citem-se os Incoterms, criados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) em 1936 e objeto de sucessivas atualizações, a última das quais em 2000. Os Incoterms têm o propósito de estabelecer um conjunto de regras internacionais que servem de guia para a interpretação dos termos mais comumente

¹⁴ “A normatização contratual internacional se opera pela contratualização das normas oferecidas aos operadores do comércio internacional. Os operadores incorporam em seus contratos regras de origens diversas, as mais das vezes saídas dos meios profissionais, mas por vezes forjadas pelas organizações internacionais. O contrato internacional é assim mais frequentemente pré construído tendo por base um processo de mundialização”. No original: “La normalisation contractuelle internationale s’opère par la contractualisation de normes offertes aux opérateurs du commerce international. Les opérateurs incorporent dans leurs contrats des règles d’origines diverses, le plus souvent issues des milieux professionnels, mais parfois forgées par les organisations internationales. Le contrat international est ainsi le plus souvent préconstruit sur la base d’un processus de modélisation” (Eric Loquin, texto citado na nota de pé de página (13) supra, pg 93).

¹⁵ “A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 9º, estipula o princípio *locus regit actum* nos contratos. Assim sendo, a lei material aplicável a estes é a do local de sua celebração. Se tal lei for a própria Convenção [de Viena], conseqüentemente, esta será observada. O seu artigo 1(b) reafirma tal proposição uma vez que permite a sua aplicação via normas de Direito Internacional Privado. Para melhor compreensão, tomemos o seguinte exemplo: uma empresa brasileira contrata com outra argentina e o contrato é firmado em Buenos Aires. Segundo a lei pátria, o direito que rege tal contrato é o do local de sua celebração, logo o direito argentino. A Argentina, por sua vez, é signatária da Convenção. O juiz brasileiro, caso provocado, utilizará a Convenção, em decorrência das normas de Direito Internacional Privado de seu forum.” (Adriana de Oliveira Giffoni, “A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias e sua Utilidade no Brasil”, in Revista de Direito Mercantil, vol 116, pgs 167/170).

^{15.1} Este trabalho foi elaborado antes de que o Brasil ratificasse a Convenção de Viena. As considerações aqui aduzidas são mantidas por considerar que podem ser pertinentes para outras situações.

usados nos contratos internacionais de compra e venda e que se aplicam também aos contratos conexos com o de compra e venda¹⁶.

16. De especial relevância são os Princípios do UNIDROIT 2004 que, publicados inicialmente em 1994 pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado e acrescidos de novos capítulos e normas em 2004, constituem uma fonte não legislativa de direito uniforme dos contratos internacionais¹⁷. Marque-se que diversos princípios que integram o UNIDROIT têm o caráter de princípios gerais de direito aplicáveis aos contratos internacionais, e mesmo aos contratos internos, independentemente de estarem compilados pelo UNIDROIT¹⁸.

17. A jurisprudência arbitral constitui também repositório de que se valem, com cada vez maior frequência, não só os árbitros nos seus julgamentos mas também os operadores do comércio internacional, como paradigma que serve para balizar os contornos de cláusulas de contratos internacionais. A confidencialidade que caracteriza a arbitragem não tem impedido que, com frequência, se mencionem as decisões de tribunais arbitrais em obras de doutrina. A Câmara Internacional de Comércio publica em vários volumes as sentenças arbitrais prolatadas em processos por ela administrados. Os regulamentos das mais prestigiadas entidades que administram arbitragens internacionais contêm regras que legitimam a aplicação da *lex mercatoria*, referindo os "usos do comércio", os "usos relevantes do comércio" ou "as regras de direito que o tribunal considerar adequadas", o que certamente estimula os tribunais arbitrais a aplicá-las¹⁹. A referência a "regras de direito", após

¹⁶ Ver "Incoterms 2000", Publicação ICC nº 560, ICC Publishing SA, Paris, junho de 2000.

¹⁷ "Os princípios do UNIDROIT refletem a tendência contemporânea de criação de um direito transnacional próprio das relações comerciais internacionais, cada vez mais desvinculadas de um ordenamento nacional particular. Seu principal objetivo é prover os agentes do comércio internacional de normas uniformes versando os vários aspectos da relação contratual, como *formação, validade, interpretação, execução e inexecução* dos contratos, *compensação*, a *cessão* de créditos, dívidas e contratos, e os prazos de *prescrição*." (Lauro Gama Jr. "Contratos Internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: *Soft Law*, Arbitragem e Jurisdição.", Editora Renovar, 2006, pg. 3. A obra é um minucioso e percuciente estudo dos princípios do UNIDROIT, recomendada a todos os que desejem familiarizar-se com eles).

¹⁸ Assim, a força obrigatória dos contratos (artigo 1.1. dos "Princípios"); a boa-fé e lealdade negocial (artigo 1.7.); a proibição de comportamento contraditório, o *venire contra factum proprium* (artigo 1.8); o dever de confidencialidade (artigo 2.1.16); a interpretação visando ao efeito útil (artigo 4.5.); o dever de cooperação (artigo 5.1.3.).

¹⁹ CCI: "Artigo 17 - Regras de direito aplicáveis ao mérito: (1) As partes terão liberdade para escolher as regras jurídicas a serem aplicadas pelo Tribunal Arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o Tribunal Arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas. (2) Em todos os casos, o Tribunal Arbitral levará em consideração os termos do contrato e os usos e costumes comerciais pertinentes" ("Regulamento de Arbitragem", em português, publicação 808 da CCI, de agosto de 2004). London Court of International Arbitration (LCIA): "Artigo 22.3. O Tribunal Arbitral decidirá a causa entre as partes de acordo com a(s) lei(s) ou as regras de direito escolhidas pelas partes como aplicáveis ao mérito da causa. Se, e na medida em que, o Tribunal Arbitral decidir que as partes não fizeram a escolha, o Tribunal Arbitral aplicará a(s) lei(s) ou regras de direito que considere apropriadas." No original: "The Arbitral Tribunal shall decide the parties' dispute in accordance with the law(s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits of the dispute. If and to the extent that the Arbitral Tribunal determines that the parties have not made such choice, the Arbitral Tribunal shall apply the law(s) or rules of law which it considers appropriate."

alguma incerteza e controvérsia sobretudo pelo temor de que uma interpretação mais ampla pudesse levar à aplicação de normas não suficientemente precisas, tem atualmente sido interpretada, embora ainda não de forma totalmente pacificada, como abarcando a *lex mercatoria*²⁰.

18. Essas normas contidas nos regulamentos de prestigiadas instituições que administram a arbitragem constituem certamente estímulo a que os árbitros lancem mão da *lex mercatoria* no julgamento das causas e, associadas às publicações de

American Arbitration Association (AAA) "Artigo 28.1.: O Tribunal aplicará a(s) lei(s) substantiva(s) ou as regras de direito designadas pelas partes como aplicáveis à causa. Na falta de designação pelas partes, o Tribunal aplicará a(s) lei(s) ou regras de direito que entender apropriadas. 28.2. Em arbitragens envolvendo a aplicação de contratos, o Tribunal decidirá de acordo com os termos do contrato e levará em conta os usos do comércio aplicáveis ao contrato". No original: "28.1.: The Tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law designated by the parties as applicable to the dispute. Failing such a designation by the parties, the Tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate. 28.2. In arbitrations involving the application of contracts, the Tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the contract."

Organização Mundial da Propriedade Intelectual - World Intellectual Property Organization - WIPO - "Artigo 59. Leis Aplicáveis à Substância da Causa, à Arbitragem e à Convenção de Arbitragem: (a) o Tribunal decidirá a substância da causa de acordo com a lei ou as regras de direito escolhidas pelas partes. A designação da lei de um determinado Estado será interpretada, salvo se expressa de forma diferente, como referindo-se diretamente à lei substantiva de tal Estado e não às suas regras de conflitos de leis. Deixando as partes de fazer a escolha, o Tribunal aplicará a lei ou as regras de direito que considerar apropriadas. O Tribunal, em todos os casos, decidirá levando na devida consideração os termos do contrato e tendo em conta os usos do comércio aplicáveis." No original: "Article 59 - Laws Applicable to the Substance of the Dispute, the Arbitration and the Arbitration Agreement. (a) The Tribunal shall decide the substance of the dispute in accordance with the law or rules of law chosen by the parties. Any designation of the law of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules. Failing a choice by the parties, the Tribunal shall apply the law or rules of law that it determines to be appropriate. In all cases the Tribunal shall decide having due regard to the terms of any relevant contract and taking into account applicable trade usages."

Câmara de Comércio de Estocolmo – "Artigo 24. Lei Aplicável (1) O Tribunal decidirá o mérito da causa com base na lei ou nas regras de direito acordadas pelas partes. Na ausência de acordo, o Tribunal Arbitral aplicará a lei ou as regras de direito que considerar como as mais apropriadas". Em inglês: "Article 24: Applicable Law. (1) The Arbitral Tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law or rules of law agreed by the parties. In the absence of such an agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the law or rules of law which it considers to be most appropriate" (Os textos originais dos regulamentos da LCIA, da AAA, da WIPO e da Câmara de Comércio de Estocolmo estão em "International Arbitration Rules, a comparative guide", editado por Bridget Wheeler, LLP Professional Publishing, Londres, 2000).

²⁰ "Nos anos que se seguiram à promulgação da Lei Modelo, contudo, a frase "regras de direito" tendeu a ser interpretada de forma mais ampla e também foi mais amplamente aceita. Ela é assim com frequência descrita como 'as regras de direito relacionadas com as noções de uma lei transnacional, com a *lex mercatoria* ou com os princípios gerais de direito... ou os Princípios UNIDROIT 1994'. Desses, a *lex mercatoria* (ou, literalmente, a lei dos mercadores) é talvez a mais conhecida, dado o extraordinário grau de atenção e controvérsia que atraiu ao longo dos anos." No original: "In the years since the Model Law's promulgation, however, the phrase 'rules of law' has tended to be construed more broadly and has also gained more widespread acceptance. It is, thus, now often described as including 'legal rules pertaining to notions of a transnational law, *lex mercatoria* or general principles of law ... or the 1994 UNIDROIT Principles'. Of these the so-called *lex mercatoria* (or, literally, law of the merchant) is perhaps the most widely known given the extraordinary degree of attention and controversy that it has attracted over the years" (Yves Derain and Eric A. Schwartz, "A Guide to The New ICC Rules of Arbitration", Kluwer Law International, Haia, 1998, pgs 218/219).

decisões arbitrais, hoje em número crescente, levam a que nas decisões arbitrais se invoque, com crescente frequência, uma jurisprudência arbitral. Desde o início dos anos 90, a doutrina já apontava a existência, ao menos "em gestação", de uma "arbitration case law"²¹. De 1970 aos dias que correm, não se tendo interrompido essa "gestação", não é ousado dizer que a jurisprudência arbitral já veio à luz e está caminhando e se desenvolvendo.

19. Cabe agora examinar em que situações estarão os árbitros legitimados a basear suas decisões em normas que integrem a *lex mercatoria*. Será possível aplicar-se a *lex mercatoria* nas arbitragens internas ou deveria sua aplicação limitar-se apenas às arbitragens internacionais? Por outro lado, será legítimo aos árbitros basear suas decisões na *lex mercatoria* quando a incidência dela não houver sido acordada pelas partes, já que o texto literal do parágrafo 2º do artigo 2º da Lei Brasileira de Arbitragem parece restringir essa aplicação aos casos em que as partes tenham convencionado a realização da arbitragem com base nas *regras internacionais de comércio*?

20. A resposta à primeira dessas duas questões me parece deva ser positiva no sentido de que a *lex mercatoria* pode ser invocada tanto nas arbitragens internas quanto nas internacionais. A lei brasileira, ao contrário de outras legislações como a francesa e ainda a Lei Modelo da Uncitral, não faz distinção entre arbitragem interna e arbitragem internacional, ambas aliás submetidas fundamentalmente aos mesmos princípios²². Também não é feita essa distinção em outros direitos, como o inglês e o

²¹ "Em 1974, a Corte de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio começou a publicar excertos de decisões em Clunet, preservando o anonimato das partes ... Numerosos outros livros e coleções contribuíram para o desenvolvimento de um corpo substancial de decisões CCI publicadas. As questões enfrentadas pelos árbitros também aparecem em arbitragens realizadas fora da CCI e notamos hoje uma proliferação de publicações de decisões. Foi por isso que, em 1981, em sua introdução à Coleção de Decisões Arbitrais CCI publicadas em Clunet, o Secretário Geral da Corte de Arbitragem da CCI afirmou que as decisões arbitrais referiam-se, com crescente frequência às decisões anteriormente publicadas ... Hoje em dia, os advogados invocam uma 'arbitration case law' em seus memoriais e petições ... Algo existe em gestação que não pode ser ignorado". Em inglês: "In 1974, the Court of International Arbitration of the International Chamber of Commerce began to publish excerpts of the awards in Clunet, preserving the anonymity of the parties ... Numerous other books and collections contributed to the development of a substantial body of published ICC awards. The questions dealt with by the arbitrators also appear in other arbitrations than ICC and we notice today a proliferation of the publication of awards. That is why, in 1981, in his introduction to the Collection of ICC Arbitral Awards published in Clunet, the Secretary General of the Court of Arbitration of the ICC stated that these awards were referring with an increasing frequency to the previously published awards ... Today, counsels commonly invoke 'arbitration case law' in their memoranda and pleadings ... Something exists there in gestation that we cannot ignore" (Jan Paulsson, "La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI", 1990, Revue de l'Arbitrage, 55, citado e traduzido para o inglês por Pierre Duprey no texto "Do Arbitral Awards Constitute Precedents? Should Commercial Arbitration Be Distinguished in this Regard from Arbitration Based on Investment Treaties?", in "Towards a Uniform International Arbitration Law?", coletânea de trabalhos apresentados em dois seminários patrocinados pela "Young Arbitration Practitioners", realizados em março de 2003 e março de 2004, respectivamente em Paris e em Genebra; a coletânea foi organizada por Anne Véronique Schlaepfer, Philippe Pinsole e Louis Degos, Juris Publishing Inc, Nova York, 2005, pg 259).

²² "Não há diferença essencial entre a arbitragem interna e a arbitragem internacional. Em ambos os casos, estamos diante de um modo de solucionar litígios, mediante a aplicação de regras adjetivas e

holandês. Não o faz ainda a Convenção de Nova York. A referência às regras internacionais de comércio feita no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei Brasileira de Arbitragem não pode, sobretudo à vista da prevalência do princípio da autonomia da vontade no que respeita à arbitragem e aos demais modos alternativos de solução de questões, ser interpretada como impedindo as partes de se socorrer da *lex mercatoria* para solucionar conflitos internos. São conhecidas as críticas que abalizados doutrinadores, entre eles PHILIPPE FOUCHARD e JOÃO BOSCO LEE, fazem à solução monista adotada pela lei brasileira. Contudo, essas críticas hão de ter certamente fundamento no louvável propósito de não submeter a arbitragem internacional a restrições que as leis nacionais muitas vezes impõem às arbitragens internas, o que não sucede, no caso em exame, quando se propõe dar à arbitragem interna uma elasticidade que se poderia pretender limitar apenas à arbitragem internacional.

21. Animo-me a responder também afirmativamente à segunda questão suscitada: parece-me legítimo aos árbitros aplicar a *lex mercatoria* mesmo quando as partes expressamente não tenham ajustado deferir-lhes essa possibilidade. Conheceram-se casos em que tribunais franceses, austríacos, ingleses e americanos consideraram válidas decisões arbitrais baseadas na *lex mercatoria* sem que a aplicação fosse determinada por lei nacional e sem que as partes houvessem expressamente autorizado os árbitros a fazê-lo. Nesse sentido, decisões do Tribunal de Apelação de Paris e da Corte de Cassação Francesa confirmaram sentença arbitral baseada na *lex mercatoria* no caso ICC 5953, *Compañia Valenciana de Cementos Portland* (Espanha) vs *Primary Coal Inc* (Estados Unidos da América)²³. Da mesma

substantivas escolhidas pelas partes, por julgadores não governamentais por elas designados, cujas decisões são passíveis de execução forçada, com uso do poder de coerção dos juízes e tribunais governamentais. A arbitragem internacional e a arbitragem interna são governadas pelos mesmos princípios de direito. Na legislação de alguns países, como é o caso da França e também dos países que adotaram *ipsis litteris* a Lei Modelo da UNCITRAL, disposições separadas são dedicadas à arbitragem interna e à arbitragem internacional. Em outros, como o Brasil, a Holanda e a Inglaterra, as mesmas disposições legais aplicam-se tanto à arbitragem interna como à internacional. A opção entre as duas alternativas é matéria de conveniência política legislativa" (Carlos Augusto da Silveira Lobo, "Uma Introdução à Arbitragem Comercial Internacional", in "Arbitragem Interna e Internacional. Questões de Doutrina e da Prática", obra coletiva do escritório de advocacia Lobo & Ibeas, organizador Ricardo Ramalho Almeida, Renovar, Rio de Janeiro. São Paulo, 2003, pgs 8/9).

²³ "No caso *Valenciana*, o árbitro único sustentou em uma sentença parcial que - na ausência de indicação pelas partes no que tange à lei aplicável e de suficientes fatores objetivos de conexão com qualquer lei nacional - a disputa deveria ser resolvida de acordo com os usos do comércio internacional, *i.e.*, a *lex mercatoria*. O Tribunal de Apelação de Paris rejeitou o pedido de *Valenciana* de anular esta sentença parcial e decidiu que o árbitro tinha seguido os *Terms of Reference*. Entendeu o Tribunal que a *lex mercatoria* era de fato a lei mais apropriada e 'poderia ser aplicada à solução da causa na ausência de uma [determinada] legislação nacional'. A Corte de Cassação Francesa manteve a decisão do Tribunal e afirmou que o árbitro, ao aplicar as regras do comércio internacional não violara os *Terms of Reference*. Decidiu ainda que o Tribunal de Apelação não teria de examinar como o árbitro tinha decidido sobre a lei aplicável ao caso nem como a tinha aplicado". Em inglês: "In the *Valenciana* case, the sole arbitrator held in a partial award that - in the absence of indication by the parties as to the governing law and of sufficient objective connecting factors to any national laws - the dispute would be resolved according to international trade usages, *i.e.*, *lex mercatoria*. The Paris Court of Appeals rejected *Valenciana's* petition to set aside this partial award and decided that the arbitrator had complied with the Terms of Reference. The Court found that *lex mercatoria* was indeed the most appropriate law and 'could apply to the solution of such a dispute in the absence of a determined [national] jurisdiction'. The French

forma decidiram a Corte de Apelação de Londres, no caso *DST vs Rakoil*, e também a Corte Distrital dos Estados Unidos (Distrito Sul da Califórnia), no caso *Ministério da Defesa e Apoio às Forças Armadas da República Islâmica do Iran vs Cubic Defense Systems*²⁴. Merece especial menção o "caso *Norsolor*", *Pabalk Ticaret Limited Sirketi* (Turquia) vs *Norsolor S.A.* (França), considerado como o mais conhecido caso de bem sucedida aplicação da *lex mercatoria*, no qual a Suprema Corte da Áustria reformou decisão do Tribunal Austríaco de Apelação que anulava decisão arbitral baseada no princípio da boa-fé, tendo a Corte Suprema, em sua decisão, sustentado que tal princípio é inerente a todos os sistemas legais, não contradizendo qualquer norma legal dos países envolvidos na arbitragem. A sentença arbitral veio a ser executada na França, tendo sido confirmada pelo Tribunal de Grande Instância e pela Corte de Cassação²⁵. Esse entendimento dos tribunais estrangeiros merece ser adotado nas arbitragens envolvendo partes brasileiras ou que devam ter suas sentenças executadas no Brasil. Acrescente-se que o Acordo sobre Arbitragem Comercial do Mercosul, do qual o Brasil é signatário, em seu artigo 10, admite a aplicação da *lex mercatoria* (nele denominada de "direito do comércio internacional") ainda que as partes na arbitragem não a tenham expressamente autorizado²⁶. Assim, embora a Lei Brasileira (art. 2º, par. 2º da Lei Brasileira de Arbitragem) condicione a aplicação das regras internacionais de comércio a que as partes a convencionem, parece-me absolutamente razoável sustentar que essa anuência não necessita ser expressa. Desde que as partes se submetam a uma arbitragem com características internacionais, se não afastarem a possibilidade de aplicação da *lex mercatoria*, estarão aceitando essa aplicação, na esteira do entendimento dos tribunais arbitrais e judiciais acima invocado. Essa opinião encontra apoio em abalizada doutrina brasileira²⁷.

22. O limite da aplicação da *lex mercatoria* na arbitragem há de ser, porém, o de que tal aplicação não se faça em violação da ordem pública dos países envolvidos. No Brasil, se a sentença arbitral for estrangeira e violar a ordem pública

Cour de Cassation upheld the Court's decision and affirmed that the arbitrator, in applying the rules of international commerce, had not violated the Terms of Reference. It further decided that the Court of Appeals was not required to examine how the Arbitrator had determined and implemented the applicable law" (Matthias Scherer, "The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matters", in "Towards a Uniform International Arbitration Law?", op.cit. na nota de pé de página (21), acima, pgs 95/96).

²⁴ "Towards a Uniform International Arbitration Law?" (op.cit nas notas de pé de página supra (21) e (23), pgs 99/100).

²⁵ "Towards a Uniform International Arbitration Law?" (pgs 96/97) e ainda David D. Caron, Lee M. Caplan e Matti Pellonpaa, "The Uncitral Arbitration Rules", Oxford University Press, 2006, nota de pé de página dos autores da obra nº 21, pg 128).

²⁶ "Art. 10 - Direito aplicável à controvérsia pelo tribunal arbitral - As partes poderão eleger o direito aplicável à solução da controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios assim como no direito do comércio internacional. Se as partes não houverem disposto sobre a matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes".

²⁷ "Atualmente, a *lex mercatoria* – que contém, entre outros, o princípio da boa-fé e do equilíbrio entre os contratantes – pode ser aplicada mesmo sem autorização das partes, pois é considerada direito" (Carmen Tibúrcio, "A Arbitragem como Meio de Solução de Litígios Comerciais Internacionais Envolvendo o Petróleo e uma Breve Análise da Cláusula Arbitral da Sétima Rodada da ANP", in Revista de Arbitragem e Mediação, ano 3-9, abril-junho 2006, Editora Revista dos Tribunais, pg 88.)

brasileira²⁸, lhe será denegada a imprescindível homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 39, inciso II da Lei 9307, de 23 de setembro de 1996, e artigo 105, inciso I, alínea (i) da Constituição da República, este com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004).

23. Dentro dos limites a que se propõe este trabalho, nele não são, sem sombra de dúvida, enfrentadas numerosas questões envolvidas na aplicação da *lex mercatoria*. Esta é uma tarefa para a qual se conclama a doutrina brasileira. Como fecho do que se podem considerar como resumidas notas sobre algumas dessas questões cabe reiterar que a referência à aplicação dos princípios de comércio internacional feita pela Lei Brasileira de Arbitragem, na esteira da edição da própria lei e da crescente superação pela jurisprudência dos obstáculos à sua ampla aplicação e bem assim na da adesão do Brasil, ainda que com indesculpável atraso de quase meio século, à Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, constitui passo importante na inserção do Brasil no mundo do comércio internacional, imprescindível para o desenvolvimento da nossa economia.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife: Renovar, 2006.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Law of England*. Londres: Oxford, 1723/1780.
- BONELL, Michael Joachim. "Lex Mercatoria". In: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, 2ª edição. Turim: Editora Torinese, 1957.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004.
- CORNU, Gerard (Coord.). *Vocabulaire Juridique*, publicado pela Association Henri Capitant, 7ª edição. Paris: Presse Universitaire de France, jun./2005.
- CARON, David D.; CAPLAN, Lee M.; PELLONPAA, Matti. *The Uncitral Arbitration Rules*. Oxford University Press, 2006.

²⁸ Em trabalho publicado nos "Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Direito Filho" procurei contribuir para o necessário esclarecimento do conceito tantas vezes mal compreendido de ordem pública. O conceito de norma de ordem pública não se confunde com o de norma imperativa, confusão tão freqüente quanto indesculpável. Normas de ordem pública não são todas as normas que não possam ser afastadas pela vontade das partes mas tão somente aquelas de cuja desobediência resulte a violação dos princípios básicos que a sociedade tem como fundamentais para a manutenção da ordem social. (Editora Renovar, Rio de Janeiro. São Paulo, 2003, pgs 563/573).

- GALGANO, Francesco. "Lex Mercatoria", *Revista de Direito Mercantil*, trad. de Erasmo Valladão e de A e N. França. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 129, jan.-mar./ 2003.
- GAMA JÚNIOR, Lauro. *Contratos Internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- GOLDMAN, Berthold; GAILLARD, Emmanuel; FOUCHARD, Philippe. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. Paris: Litec, 1996.
- HERRENSCHMIDT, Jean-Luc. "L'Irreversibilité de la Mondialisation". In: Eric Loquin e Catherine Kessedjian (org.). *La Mondialisation du Droit*. Dijon: Editions Litec-CREDIMI, 2000.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. *International Commercial Arbitration in Latin America*. New York: Oceana Publications Inc., Dobbs Ferry, 2005.
- LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- LEYSSAC, Claude Lucas de; PARLEANI Gilbert. *Droit du Marché*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. "Uma Introdução à Arbitragem Comercial Internacional". In: Ricardo Ramalho Almeida (coord.). *Arbitragem Interna e Internacional. Questões de Doutrina e da Prática*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003.
- LOQUIN, Eric. "La Volonté des Operateurs Vecteur d'un Droit Mondialisé". In: Eric Loquin e Catherine Kessedjian. *La Mondialisation du Droit*. Dijon: Editions Litec-CREDIMI, 2000.
- OLIVEIRA, Adriana de. "A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias e sua Utilidade no Brasil", *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 116, out.-dez./1999.
- PAULSSON, Jan. "La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI", *Revue de l'Arbitrage*, n. 55, 1990, trad. Pierre Duprey no texto "Do Arbitral Awards Constitute Precedents? Should Commercial Arbitration Be Distinguished in this Regard from Arbitration Based on Investment Treaties?". In: Anne Véronique Schlaepfer, Philippe Pinsole e Louis Degos (org.). *Towards a Uniform International Arbitration Law?*. Nova York: Juris Publishing Inc, 2005.
- PAULSSON, Jan; CRAIG, Laurence; PARK, William W.; *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition. New York: Oceana Publications Inc, Dobbs Ferry, 2000.

- SCHERER, Matthias. "The Recognition of Transnational Substantive Rules by Courts in Arbitral Matters". In: Anne Véronique Schlaepfer, Philippe Pinsolle e Louis Degos (org.). *Towards a Uniform International Arbitration Law?*. Nova York: Juris Publishing Inc, 2005.
- SCHWARTZ, Eric A.; DERAÏN, Yves. *A Guide to The New ICC Rules of Arbitration*. Haia: Kluwer Law International, 1998.
- STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: Editora LTR, 1988.
- TANIGUCHI, Yahusei. "The Obligation to Mitigate Damages". In: Yves Derain, Richard H. Kreindler (ed.). *Evaluation of Damages in International Arbitration*. Paris: Dossiers, ICC Institute of World Business Law, set./2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. "A Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica", *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 9, n. 35, 2006.
- TIBÚRCIO, Carmen, "A Arbitragem como Meio de Solução de Litígios Comerciais Internacionais Envolvendo o Petróleo e uma Breve Análise da Cláusula Arbitral da Sétima Rodada da ANP", *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 3-9, abr.-jun./2006.
- TIBÚRCIO, Carmen; DOLLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado - Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2003.
- WHEELER, Bridget. *International Arbitration Rules, a comparative guide*. Londres: LLP Professional Publishing, 2000.