

A *lex mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo e os Estados em desenvolvimento

Jete Jane Fiorati

Sumário

Introdução. 1. A *lex mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo. 2. Estados em desenvolvimento e *lex mercatoria*. Considerações finais.

Introdução

A internacionalização das empresas propiciada pela abertura de mercados e pela modernização tecnológica fez com que, dos Estados Unidos e da Europa, as regras sobre defesa da livre concorrência e contra práticas anticompetitivas e *dumping* se espalhassem para outros continentes e, nesta década de 1990, viessem inclusive a constituir um dos capítulos da Ata Final da Rodada Uruguai que criou a OMC. Se as empresas são globais, o mercado é global, os princípios básicos para a defesa da concorrência também devem ter sua aplicação em âmbito global.

No final do século XX e início deste século, com a transformação do mercado nacional, que deixa de ser isolado e torna-se interdependente, surge um mercado global e surgem também as megaempresas conhecidas como multinacionais ou transnacionais, que se transformaram em importantes atrizes do cenário econômico global. A globalização pode ser caracterizada como um processo em que capitais e tecnologia privados, cujos titulares são grandes corporações empresariais transnacionais, circulam em todo o globo, independentemente das fronteiras nacionais.

Jete Jane Fiorati é Professora Livre Docente em Direito Internacional da UNESP. Mestre e Doutora em Direito. Pesquisadora do CNPq e Assessora Científica da FAPESP.

Seu objetivo é a produção de um maior número de produtos a menor preço e melhor qualidade que possam disputar com outros concorrentes no mercado mundial, bem assim a obtenção de maiores lucros em investimentos realizados nos mercados financeiros. Esse processo é incrementado pela evolução da tecnologia nos meios de transportes, que permitem que cada etapa de produção de um bem seja efetuada em um país diferente, e das comunicações, que eliminam as distâncias na realização das decisões empresariais. Nesse cenário, torna-se difícil fazer menção a capitais ou tecnologia nacionais, e até mesmo à aplicação imperativa de leis nacionais a negócios internacionais (FIORATI, 1996, p. 125-127, et seq.). Por outro lado, as conseqüências da atuação das empresas transnacionais podem, então, ser descritas como econômicas, de um lado, e culturais, ideológicas e sociais, de outro.

A globalização do mundo expressa um novo ciclo de expansão do capitalismo, remodelando a produção e introduzindo um processo civilizatório de alcance mundial. Um processo de amplas proporções envolvendo nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, grupos e classes sociais, economias e sociedades, culturas e civilizações. Assinala a emergência da sociedade global, como uma totalidade abrangente, complexa e contraditória. Uma realidade ainda pouco conhecida desafiando práticas e ideais, situações consolidadas e interpretações sedimentadas, formas de pensamento e vãos da imaginação (IANNI, 1997, p. 23).

As empresas transnacionais desempenham um papel de destaque, trazendo renovado interesse pelas práticas comerciais oriundas da *Lex Mercatoria*. De acordo com Luis Olavo Baptista, a empresa transnacional é uma entidade que não possui personalidade jurídica própria. É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que

lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, nacionalidade. Nesse sentido, Luiz Olavo Baptista (1987, p. 17) continua argumentando que, sob o prisma estritamente jurídico-positivo, não existe a empresa transnacional, razão pela qual a descrição que dela fazem os economistas é útil para sua conceituação: “um complexo de empresas nacionais interligadas entre si, subordinadas a um controle central unificado e obedecendo a uma estratégia global”.

A empresa transnacional aproxima-se, assim, do conceito jurídico de grupo de sociedades, mas com o acréscimo de que é um grupo constituído por sociedades sediadas em países diferentes, constituídas sob leis diversas, cada qual com certa autonomia, agindo por sua conta, mas em benefício do conjunto. Diferencia-se, portanto, das chamadas companhias internacionais por serem organizações econômicas privadas, cujas atividades atravessam fronteiras nacionais e sistemas jurídicos estatais.

Apesar de seu vínculo aos sistemas jurídicos nacionais, é possível a ênfase de que o controle das empresas transnacionais é predominantemente exercido de forma extralegal, pois a matriz, melhor dizendo, a sede real da empresa, mantém forte influência na direção das subsidiárias, em sua maioria não integrais, interferindo, na prática, em suas estratégias e decisões.

Outro aspecto a ser salientado é que, de acordo com o *modus operandi*, há dois tipos de empresas transnacionais: o primeiro é a empresa que trata cada país como unidade independente e assemelha-se muito mais à *holding company* do direito interno, embora atue internacionalmente. Esta, geralmente conhecida como empresa multinacional ou empresa policêntrica, não cria problemas sérios para os governos hospedeiros, uma vez que respeita suas peculiaridades. O outro tipo é aquele que tende a integrar todas as operações das diversas filiais e centralizar a sua política e controle. Para essa empresa, de caráter geocêntrico, o mercado mundial é o seu objetivo como um todo e de

cada subsidiária em particular, sendo seu ideal a ocorrência de um processo que leve progressivamente a uma padronização de normas jurídicas.

Celso Lafer (1987, p. 3), em seu prefácio à obra de Baptista (1987), afirma que a empresa transnacional detém o poder de controle de investimentos em diversos sistemas econômicos nacionais, por meio dos quais organiza e explora a produção de bens e serviços para a venda nos respectivos mercados internos e nos mercados de outros países, configurando uma unidade econômica que tem como atributo a capacidade de alocar recursos em escala mundial. Por essa razão, o que ela almeja é liberdade para operar transnacionalmente, o que juridicamente se traduz na aspiração do reconhecimento da legitimidade e da legalidade de um Direito não-estatal.

Afirma ainda Lafer (1987, p. 4) que esse direito eminentemente baseado nos usos e costumes é chamado de uma nova *lex mercatoria*, que, no mundo globalizado, é elaborado pela prática das próprias empresas transnacionais, principais atores do comércio internacional. Nesse sentido, as empresas internacionais almejam reger suas relações sem a interferência de lei interna ou de lei internacional, pelo jogo da autonomia da vontade, através de contratos e da arbitragem, conforme ainda argumenta Celso Lafer. Há, assim, um esforço de codificação dessas práticas, com uma idéia de autocontrole por meio da standardização das regras.

1. A *lex mercatoria* como ordenamento jurídico autônomo

Segundo Berthold Goldman (1964, p. 179), a *lex mercatoria* é um conjunto de princípios e regras costumeiros, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comércio internacional, sem referência a um sistema particular de lei nacional. Schmitthoff¹ (1987, p. 27), por sua vez, a compreende como um conjunto de princípios comuns relaciona-

dos aos negócios internacionais presentes em regras uniformes que tem aceitabilidade generalizada. Langen² a considera como regras do jogo do comércio internacional, enquanto Goldstajn³ (1973) a identifica como o corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países.

Tendo como antecedentes a *Lex Rhodia* – Lei do Mar de Rodes (300 a.C.) – e o *Jus Mercatorum* (séc. XIV), a *lex mercatoria* nasceu das feiras da Idade Média, em resposta aos direitos feudais que, com seus inúmeros privilégios, entravavam as relações comerciais da época. Foi Berthold Goldman quem, em 1964, observando a existência desse direito costumeiro internacional, nascido das práticas comerciais internacionais, trouxe à tona a doutrina da nova *lex mercatoria*, em trabalho publicado nos *Archives de Philosophie du Droit*, nº 09, intitulado *Frontières du droit et lex mercatoria*.

Nesse estudo, Goldman (1964) lançou as bases para uma discussão sobre a nova *lex mercatoria* e sua caracterização como fonte do direito do comércio internacional. Ele propôs realizar um estudo sobre uma experiência contemporânea, à luz de alguns critérios que se usam como referenciais para determinação das regras de direito. E essa experiência é a das normas originais do comércio internacional (*lex mercatoria*), as quais cobrem todo o conjunto das relações econômicas internacionais. Um de seus instrumentos é o contrato-tipo.

Os contratos-tipo foram amplamente divulgados também a outros domínios do comércio internacional, a exemplo do comércio de produtos agrícolas, florestais, mineiros, petroleiros, siderúrgicos, têxteis e bens de equipamento. São eles emanados

“de associações profissionais, ou de agrupamentos de empresas mais estreitamente integradas, até mesmo isoladas, mas poderosas; e na última época, vários foram elaborados, sob a égide da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, essenci-

almente para servir de quadro às relações comerciais entre o Leste e o Oeste”⁴ (GOLDMAN, 1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 191).

Para Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 191-192), esses fatos comprovam a existência

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

Ainda conforme o autor:

“É preciso ainda sublinhar que estes [contratos] não se limitam a codificar usos preexistentes: eles consagram também normas novas, diferentes daquelas dos direitos estatais tradicionais, algumas vezes inspirados, é verdade, pelo interesse dos parceiros mais poderosos, mas em outros casos também pelo interesse comum dos contratantes”⁵.

O mesmo ocorre com o transporte aéreo internacional, que é regulado pelos contratos-tipo da International Air Transport Association (IATA), utilizados pela quase totalidade das companhias aéreas. Como afirma Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 196):

“Ao tratar do funcionamento das sociedades internacionais, observa-se, de início, que não se trata, aqui, de estudar aquelas sociedades cujo funcionamento escapa realmente a todo o direito interno estatal, mas que buscam o conjunto de regras que as governam nos contratos e acordos que as instituíram, porque, neste caso, o caráter jurídico de seu estatuto somente poderia então ser controverso com o do direito internacional público no

seu conjunto, que permanece fora desse nosso propósito”⁶.

Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 196) parte da análise daquelas sociedades que, embora criadas por acordos internacionais constitutivos, são reguladas pelos seus estatutos e, subsidiariamente, pelas leis do país de sua sede ou incorporação. Para ele, os estatutos são,

“efetivamente, nesse caso, obra de empresas associadas, distintas dos Estados dos quais elas se libertam; quanto à lei de referência subsidiária, ela somente permanece estatal em aparência, porque ela é ‘cristalizada’ em seu estado no dia da constituição da sociedade, e suas modificações ulteriores não podem ser impostas a esta. Ela é assim conduzida por uma coletânea de normas supletivas de natureza mais próxima dos estatutos de uma sociedade, que do ato legislativo de um Estado soberano”⁷.

Mais característico ainda, segundo ele, é o caso daquelas sociedades que, criadas ou não por convenções internacionais, referem-se deliberadamente aos “princípios comuns” de várias legislações, até mesmo a fontes indeterminadas, para preencher eventuais lacunas de seus estatutos. Lembra Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 197) o exemplo do Scandinavian Airlines System, *consortium* criado por uma convenção entre companhias de transporte aéreo, não se ligando a nenhuma lei nacional: as cláusulas de seu contrato constitutivo são pouco numerosas, e não se vê quase nada para completá-las senão os princípios comuns às três legislações escandinavas, e mais geralmente talvez o direito comum das sociedades internacionais, se se admite a existência delas⁸.

Quando se mencionam princípios comuns, imediatamente surge uma questão: quem definirá tais “princípios comuns”? Segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 197), a questão aparece, para as sociedades,

“porque os seus estatutos a eles apelam expressa ou implicitamente, mas a questão se põe, na realidade, também para os contratos do comércio internacional, na medida em que pode ser necessário completar ou interpretar as normas dos contratos-tipo ou das ‘Regras e Costumes’, em que se recusa a buscar [resposta], exclusivamente para isso, em um sistema jurídico estatal cujas partes pretenderam se separar”.

Caberá ao juiz do contrato, que é quase sempre um colégio ou tribunal arbitral, ou da estrutura e do funcionamento da sociedade responder a essa questão. Serão então os árbitros a responder a questão formulada e eles não têm procurado resposta para o caso concreto submetido à sua apreciação, em uma lei estatal nem em um tratado internacional, mas sim em um “direito costumeiro” do comércio internacional – chamado de *lex mercatoria* –, sendo inútil perquirir se tais julgadores apenas a constatarem ou se, ao contrário, a elaboram, posto que essas duas diligências estão, segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 198), intimamente misturadas, como toda vez que um juiz exerce uma tal atividade.

Segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 198-199):

“Algumas decisões arbitrais, publicadas ou analisadas, ilustram esta tendência. Assim, na sentença relativa ao caso entre Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. e o Cheik de Abu Dhabi, o árbitro Lord Asquith of Bishopstone, constatando que a lei de Abu Dhabi, teoricamente competente para reger o contrato litigioso, não continha um ‘corpo estabelecido de princípios jurídicos utilizáveis para a interpretação de instrumentos comerciais modernos’, decidiu-se, em relação igualmente à vontade das partes, que é conveniente aplicar, neste caso, os ‘princípios buscados no bom senso e na prática comum do conjun-

to das nações civilizadas, uma espécie de *modern law of nature*’. Este apelo a um ‘direito comum das nações’ ou pelo menos a elaboração e a aplicação de princípios próprios ao comércio internacional encontram-se também na sentença do MM. Ripert et Panchaud, de 2 de julho de 1956, que decidiu que a garantia contra a depreciação monetária deve ser presumida num contrato internacional. Da mesma forma, em um laudo não publicado, relativo a um litígio entre uma organização internacional e uma sociedade comercial, o árbitro considerou a presunção de que o signatário de um contrato tomou conhecimento das condições gerais às quais são referidas no próprio contrato, e por outro lado, a sanção do abuso de direito, como regras costumeiras internacionais. Os ‘princípios gerais do direito’ e os ‘usos seguidos na indústria petrolífera’ foram, de maneira semelhante, invocados na sentença proferida pelos juizes MM. Sauser-Hall, Hassan e Saba Habachi, aos 23 de agosto de 1958, para resolver o litígio entre Aramco e o governo da Arábia Saudita”.

Muitas vezes, ao convidar os árbitros para julgarem seus litígios, os contratantes recusam-se a escolher uma lei estatal para reger as suas relações, até mesmo declarando expressamente que não querem a tais leis se referir. Mas, como esclarece Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 200),

“a despeito de uma confusão tenaz, isto não significa que no seu espírito os contraentes querem concluir um ‘contrato sem lei’, nem mesmo que o contrato, considerado como um conjunto de ‘normas individuais’, deva inteiramente bastar-se a si mesmo; eles sentem, ao contrário, embora confusamente, a necessidade de colocá-lo no quadro de normas gerais, mas pensam também que estas normas podem ser encontradas no direito profissio-

nal, nos usos ou nos princípios gerais [de direito] ultrapassando as fronteiras nacionais”.

Nas palavras de José Carlos de Magalhães (1994, p. 43):

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

A arbitragem é um dos instrumentos fundamentais da nova *lex mercatoria* e não pode deixar de ser levada em consideração quando se trata de analisar as normas surgidas da prática internacional dos comerciantes sob a ótica do sistema jurídico. A efetividade da decisão arbitral não repousa na força do Estado, mas na da corporação em que se integram as partes litigantes, já que, se o perdedor não acatar os mandamentos do laudo arbitral, de tal corporação será excluído, ante a falta de credibilidade e de confiabilidade que passará a caracterizá-lo perante os demais atores do comércio internacional (MAGALHÃES, 1994, p. 43).

Somente a constatação material da existência de uma nova *lex mercatoria*, ou a cons-

tatação psicológica da referência que a ela é feita, não basta a Goldman para conferir a essas normas costumeiras do comércio internacional o caráter de regras de direito. Afinal é a *lex mercatoria* um ordenamento jurídico?

Segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 197): “Os princípios, as disposições e contratos-tipo e os usos seguidos no comércio internacional se situam incontestavelmente no domínio econômico, de modo que eles mereceriam, nesse ponto de vista, ser considerados como jurídicos”. E assim conclui o juriconsulto:

“De maneira mais variada, observou-se que o círculo da família e os vínculos de amizade, se eles não são inteiramente impermeáveis ao direito, englobam, entretanto, amplas zonas de ‘não-direito’, e que pode ser mesmo assim quando as situações que se formam não são desprovidas de toda incidência econômica (como nas disposições testamentárias precatórias ou o transporte gratuito). Ainda aí, tais limitações não poderiam evidentemente excluir as relações comerciais internacionais do domínio do direito, admitindo mesmo uma certa forma de ‘amizade’ (que deveria, de preferência, chamar-se ‘confraternidade’ ou ‘solidariedade profissional’), que unem os que aí participam, e explica, entre outros fatores, a observação espontânea de normas não-estatais” (GOLMAN, 1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 202-203).

O primeiro passo de Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 206), então, para caracterizar, por critérios formais, a *lex mercatoria* como direito, foi o de definir o conteúdo do termo regra, e, para tanto, tomou emprestada a conceituação, àquele tempo ainda inédita, de Batiffol, para quem uma regra “é uma prescrição de caráter geral, formulada com uma precisão suficiente para que os interessados possam conhecê-la antes de agir”.

E a esse respeito, Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 206) escreve:

“Admitiremos, sem dificuldade, que as cláusulas dos contratos-tipo, ou os usos codificados correspondem a esta definição, pelo menos no que concerne à generalidade, à precisão e à publicidade. A hesitação é, sem dúvida, permitida quanto trata-se das ‘regras’ costumeiras do comércio internacional, como aquelas das quais nós citamos alguns exemplos: se se pode, notadamente, considerar que a sanção do abuso de direito ou a oponibilidade das cláusulas impressas têm sido realmente tiradas pelo árbitro de um fundo comum preexistente e conhecido, senão formulado com precisão, é mais difícil de admiti-lo, por exemplo, para a presunção de garantia de troca nos contratos internacionais. Mas a dificuldade não é específica às normas do comércio internacional. Ela se encontra cada vez que o juiz passa insensivelmente da interpretação de uma regra preexistente – escrita ou não, mas certa e conhecida, ou pelo menos conhecível – para a elaboração de uma regra nova; em resumo, para contestar o caráter de regras às normas ou princípios extraídos pelos árbitros do comércio internacional, poder-se-ia também recusá-los para a ‘presunção de responsabilidade’, da qual ninguém sustentará que ela foi extraída do Código Civil. Dir-se-á que estas normas ou princípios são menos conhecidos que as soluções constantes da jurisprudência estatal? A observação é exata, mas não revela uma diferença fundamental, porque as soluções arbitrais não são realmente ignoradas no meio profissional ao qual elas dizem respeito”.

Assim, surge a questão: essas regras podem ser equiparadas às leis ou aos costumes que dependem de um ordenamento ju-

rídico interno, de caráter estatal? Duas reflexões são possíveis segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 206):

a) inicialmente, pode-se hesitar em admitir que as regras da *lex mercatoria* sejam efetivas prescrições – porque essa noção implica a de comando. As cláusulas dos contratos-tipo ou os usos codificados não se impõem às partes, poder-se-ia pensar, em virtude de sua livre adesão; e esta não é, ela própria, constringida senão em virtude de uma lei estatal – o artigo 1.134 do Código Civil francês, e os textos correspondentes nos outros países. Para ele, encontra-se aqui “a objeção precedentemente reservada, que recusaria às normas estudadas, o caráter de regras (partindo-se das regras de direito) porque a abstração mesmo feita com toda a investigação de uma sanção, elas são, em si, radicalmente incapazes de comandar”.

Mas tal objeção, para Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 208), não é sem réplica. Nas suas palavras:

“Não é de modo algum correto que as partes em um contrato internacional observem suas cláusulas (elas próprias emprestadas de um contrato-tipo) porque cada qual estima que sua lei estatal da qual ela depende a constrange, nem que seja por referência mais ou menos implícita a uma tal lei estatal que árbitros imporão eventualmente o respeito; encontra-se, de certo modo, tanto em uns como nos outros, a consciência de uma regra comum do comércio internacional, muito simplesmente expressa no adágio *pacta sunt servanda*. E pouco importa, para nosso propósito, que esse adágio coincida com as regras estatais do tipo do artigo 1.134 do Código Civil; porque se é dele que os contratos-tipo e os usos codificados emprestam sua força constringedora, eles são prescrições, da mesma maneira que as regras supletivas de um direito interno”.

b) posteriormente, Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 208) faz a

seguinte colocação: “Permanece, entretanto, que a existência, hipoteticamente admitida, de uma regra comum *pacta sunt servanda* não basta para conferir ao conjunto das normas do comércio internacional, no estágio atual de seu desenvolvimento, o caráter de um sistema de direito”. E conclui:

“Assim, por exemplo, não se encontrará regra relativa à capacidade dos contraentes, ou aos vícios do consentimento – cuja necessidade é, além do mais, bastante teórica; mas, praticamente, a medida dos poderes dos órgãos ou dos representantes de uma sociedade comercial é determinada de maneira variável pelas diversas leis estatais, sem que se aperceba como uma regra costumeira comum poderia unificá-las; a mesma observação vale para a prescrição liberatória, e se poderia dizer sem dúvida lhe encontrar outras ilustrações”.

A dificuldade de responder à questão proposta advém da noção de que somente é verdadeira regra de direito aquela que se integra em um sistema completo e que basta a si mesma. Conclui, então:

“Tomar partido nessa exigência suplementar da definição do direito ultrapassaria o quadro dessas observações. Notemos somente que ela não impediria que, em si, cada norma específica do comércio internacional tivesse realmente as características de uma regra; é somente seu conjunto que não formaria um sistema de direito. Mas observamos também que uma concepção monista da ordem jurídica das relações econômicas faria desaparecer a objeção: admitiria-se que um contrato do comércio internacional seja submetido às suas próprias regras, ultrapassando as fronteiras dos Estados eventualmente completadas por regras estatais. E é aqui o momento de acrescentar que, sendo obra de árbitros internacionais, a designação destas regras estatais poderia progres-

sivamente ser feita em virtude de um sistema de solução dos conflitos ele mesmo comum, em vez de ser fundada sobre o direito internacional privado de um país determinado, mas cuja escolha não é jamais isenta de arbitrariedade” (GOLDMAN, 1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 209).

Assim o caráter de regras não poderia ser recusado aos elementos constitutivos da *lex mercatoria*, embora esta não forme um sistema inteiramente autônomo.

Objetando Goldman, Paul Lagarde (apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 210), considera que, caso se pretenda conservar, para a expressão *lex mercatoria*, um sentido pleno, isto é, considerada como uma ordem jurídica não estatal, é preciso cuidar para não qualificar de “elemento” da *lex mercatoria* o que poderia ser somente uma simples prática contratual internacional.

Poderia a *lex mercatoria* ser entendida como um “conjunto de normas” formado por um sistema jurídico? Em trabalho publicado em 1979, Berthold Goldman chegou a afirmar que “a *lex mercatoria* preenche realmente a função de um conjunto de regras de direito”. A diferença entre essa afirmação e a doutrina contida no artigo anterior, de 1964, objeto deste estudo, teria consistido, segundo Paul Lagarde,

“na absorção pela *lex mercatoria* dos princípios gerais do direito no sentido do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. E como esses princípios cobrem o conjunto do direito das obrigações contratuais e extracontratuais e do procedimento, a *lex mercatoria* que os utiliza teria vocação para reger o conjunto dessas questões e mereceria o caráter de ordem jurídica no sentido de conjunto organizado de normas, salvo algumas exceções pouco significativas como a capacidade ou os vícios do consentimento” (LAGARDE apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 210-211).

Essa demonstração, da maneira como foi colocada a questão, permitiria aos “princípios gerais do direito” fazer nascer a *lex mercatoria*, permitindo aos árbitros, quando chamados a resolver os litígios dela advindos, deduzir desses princípios gerais (cuja positividade estaria garantida pelo art. 38 do Estatuto da CIJ) as soluções a serem dadas ao caso concreto, na ausência de regras precisas advindas da prática espontânea dos agentes do comércio internacional (LAGARDE apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 211).

Paul Lagarde (apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 211) concorda em parte com essa argumentação, entendendo que a *lex mercatoria* poderia ser considerada direito, mas não direito positivo:

“Se a *lex mercatoria* constitui um conjunto de regras, este conjunto é distinto daquele constituído pelo direito internacional. Não é porque os princípios do direito internacional – como aliás os das ordens jurídicas estatais – derivam de categorias comuns que se deve reconhecer um caráter de positividade a tudo o que poderia ser deduzido desse fundo comum. A positividade dos princípios do direito internacional, como a dos princípios dos direitos estatais, se configura porque esses direitos são, eles próprios, direitos positivos. Parece difícil afirmar que os princípios gerais da *lex mercatoria* têm valor de direito positivo, se previamente não se colocou que a *lex mercatoria* constituía uma ordem jurídica positiva. Ora, seria necessário, para aí chegar, uma outra demonstração quanto à realidade positiva desses mesmos princípios”⁹.

Seriam, então, as regras da *lex mercatoria* jurídicas pela sua origem, ou seja, emanar-se-iam de uma autoridade? Para Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 214):

“Colocar a questão é postular que uma tal ‘proveniência’ é indispensá-

vel para que uma norma seja jurídica – e este postulado não é universalmente admitido. As escolas históricas do direito vêem neste um fenômeno espontâneo, nascido do “espírito do povo” (Volksgeist); e a escola sociológica vê um fato social. E parece efetivamente difícil unir indissolúvelmente direito e autoridade: não se chegaria assim a negar que o direito costumeiro seja [parte] do direito, ou pelo menos a não lhe reconhecer este caráter senão a partir do momento em que ele é consagrado por uma aplicação judiciária, o que seria de novo confundir direito e contencioso? A mesma observação valeria para amplos setores do direito internacional público – que se hesita, entretanto, a considerar sempre como estranhos ao domínio do direito”.

Claras são as palavras de Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 216):

“De maneira mais geral, uma outra reserva poderia ser empregada para uma qualificação ‘jurídica’ das normas profissionais, mesmo emanando de órgãos representativos ou de associações: afirmou-se, com efeito, que elas não seriam de toda maneira aplicadas, em cada país, a não ser que a autoridade pública desse país admita a sua aplicação. Fontes *juris* originais por sua proveniência material, as novas ‘fontes do direito comercial internacional’ não o seriam se se considera o poder de comando que elas manifestam. Ao nível da aplicação não contenciosa das normas, esta afirmação parece muito discutível; ela retomaria, efetivamente, nos parece, sua ‘fixação’ já contestada em uma regra de liberdade contratual dependendo de uma ordem jurídica interna. A menos que se sustente que mesmo uma regra comum *pacta sunt servanda* não poderia ser seguida senão

porque cada Estado quer realmente admiti-la, em seu território; mas é bom levar em conta a psicologia dos que a aplicam e também recusar a hipótese de um direito comercial internacional porque excluiu-se dela, antecipadamente, essa possibilidade”.

A conclusão de Goldman é no sentido de que a experiência ensina que os árbitros internacionais não agem no interior de uma ordem jurídica estatal, mas se colocam no nível da comunidade internacional dos comerciantes. Há ainda uma última questão que deve ser analisada para caracterizar as regras de direito. Trata-se da sanção, meio através do qual as regras de direito exigem o seu fiel cumprimento por parte dos destinatários. Segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 217):

“A experiência prova que não somente os laudos arbitrais são, na maioria das vezes, executados espontaneamente, o que atesta a efetividade das regras que eles colocam em prática, se fossem despojados de sanções aplicáveis pelos comerciantes; mas também que tais sanções existem. Um notável inventário de sanções foi recentemente preparado: encontram-se aí sanções disciplinares aplicadas pelos agrupamentos corporativos, a sanção de ordem moral (mas com repercussão profissional e material) consistindo na publicidade do laudo, das sanções diretamente profissionais como a eliminação de uma bolsa de comércio ou de algumas operações comerciais, até mesmo das sanções pecuniárias garantidas por consignações prévias. Certamente estas diversas ‘sanções’ são, de preferência, meios de assegurar indiretamente a execução do laudo do que procedimentos de execução forçada propriamente ditos; mas que elas sejam primeiramente cominatórias não devem dissimular seu caráter praticamente coercitivo. Será conveniente, também, que

a licitude de algumas dentre elas possa ser discutida, e foi efetivamente recusada pelos tribunais, em particular na França; mas essas dificuldades dizem respeito, na maioria das vezes, às modalidades de aplicação das sanções profissionais em lugar de seu próprio princípio”.

Assim, a *lex mercatoria* não é um sistema jurídico completo, não dizendo respeito a uma coletividade politicamente organizada, que só pode ser dotada de uma força coercitiva irresistível. Mas isso não é suficiente, segundo Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 197), para constatar que pelo menos algumas das normas que a compõem são realmente “regras gerais de direito”, e não simples normas individuais presas à uma regra estatal reconhecendo força obrigatória aos contratos. Tampouco se pode desconhecer – ainda segundo Goldman – o seu movimento em direção a uma sistematização certamente incompleta, mas crescente, por meio da codificação internacional.

A conclusão a que chegou Goldman foi a de que a *lex mercatoria* situa-se, tanto em função de seu conteúdo como em função de sua forma, no domínio do direito, asseverando para que os interesses que ela regula para sua satisfação estejam em equilíbrio, garantindo, assim, legitimidade de suas prescrições.

Seria possível concluir que a *lex mercatoria* é consubstanciada por um conjunto de regras costumeiras, compostas por usos e princípios, de direito material (e não por regras de conflito de leis no espaço) que surgem espontaneamente, durante as atividades do comércio internacional, ou que são elaboradas pela jurisprudência arbitral, quando, pela interpretação alargada, aplicam esses costumes à solução dos conflitos que envolvem a matéria do comércio internacional. Há muita discussão acerca da autonomia das regras da *lex mercatoria*, principalmente tendo em vista a sua exequibilidade interna, de caráter forçado.

O próprio Goldman (1964 apud FIORATI; MAZZUOLI, 2003, p. 188) dá a chave da importância para o estudo da *lex mercatoria* nos países em desenvolvimento. Para o autor, a *lex mercatoria* incide sobre

“as relações internacionais de trocas nas quais participe pelo menos uma empresa privada (ou uma empresa pública que não faça uso das prerrogativas das quais ela está investida como tal) – e a outra participante podendo ser ou uma empresa da mesma natureza, ou uma pessoa moral de direito público, como uma organização internacional, ou mais praticamente um Estado ou uma coletividade pública subordinada (portanto, na hipótese freqüente, e de grande interesse, dos investimentos nos países em via de desenvolvimento)”¹⁰.

2. Estados em desenvolvimento e *lex mercatoria*

Para tentar contrabalançar os usos e costumes do comércio internacional acerca do tema investimentos internacionais, boa parte dos Estados e até de organizações internacionais como a OCDE tenta criar regras escritas sobre os investimentos. A noção de investimento estrangeiro supera a de movimento de capitais. A tônica inicial dessas regras centrava-se na garantia e proteção do interesse do investidor estrangeiro no país. Hoje, em virtude da complexidade da economia internacional, é permitido dizer, segundo o Código de Conduta da OCDE sobre investimentos estrangeiros, que esse investimento tem o propósito de estabelecer relações duráveis com uma empresa, pela realização de atividade econômica ou participação no controle de sua administração.

Os investimentos são feitos por não domiciliados ou residentes no país ou por empresas de nacionalidade ou sede no exterior. Podem abranger recursos financeiros e monetários, bens, máquinas e equipamentos, direitos relativos à tecnologia, patente,

know how, propriedade industrial e devem destinar-se à produção de bens, serviços ou à aplicação em atividade econômica.

Baptista (1987, p. 79) afirma que a maioria dos países tem admitido, de fato ou de direito, que uma empresa originária do exterior possa realizar atos isolados em seu território. Para isso, a mais universal das exigências é a de que a sociedade estrangeira que vai praticar o ato esteja devidamente constituída em seu país de origem, é o que se denomina Teoria da Hospitalidade Perfeita para atos isolados.

A atuação permanente, no entanto, ocorre com a criação da filial ou da subsidiária. A filial foi a formulação jurídica mais utilizada no começo do século passado e fins do século retrasado. Nesse contexto, a empresa estrangeira pedia licença para atuar no país por meio de uma filial que funcionava como simples departamento da firma estrangeira e, por isso, gozava de direitos limitados e obrigações especiais. As filiais levaram à instalação de subsidiárias segundo a lei do país hospedeiro.

Informa ainda Baptista (1987, p. 97) que a legislação brasileira previu duas situações e mandamentos diferentes: o da filial ou escritório, ou representação da empresa estrangeira que, cumprindo determinados requisitos, adquire personalidade jurídica perante as leis do Brasil; e o daquela empresa que, tendo trazido o seu capital para o país regularmente, registrando-o no Banco Central, tem garantido o direito de repatriá-lo, bem como aos lucros, e assegurada a sua atuação em termos igualitários com os brasileiros, constituindo uma sociedade sob as leis do Brasil.

Os requisitos para a autorização são muitos e refletem a preocupação do controle governamental. A primeira exigência é a de que a postulante prove ser regularmente constituída no país de origem, anexando seus estatutos, relação de acionistas e sócios, exceto quando forem ações ao portador. Verifica-se que a personalidade jurídica e existência da sociedade devem ser prova-

das, sendo que essa prova deve ser feita segundo as leis do país de origem: *locus regit actum*. É também exigida a autorização, pela assembléia de acionistas ou da reunião de administradores (conforme imponham os estatutos da pessoa jurídica), da criação da filial no Brasil e destacando o capital para esse propósito. Outro requisito importante é o de designação de representantes, que deverão ser domiciliados no Brasil, com os mais amplos poderes para agir pela sociedade e para aceitar quaisquer condições impostas pelo Governo para conceder autorização. Atendidos esses e outros requisitos de menor importância, chega-se à fase da publicidade: a filial deve dar a público todas as operações que no seu país o são e mais aquelas que o devam ser segundo a lei brasileira.

Considerando o caráter e a amplitude das exigências para a instalação das filiais, o recurso à criação de subsidiárias tornou-se mais comum, pelas maiores facilidades. Nesse caso, a constituição da sociedade, segundo as leis brasileiras, atribui-lhes, para efeito de obediência à lei, nacionalidade brasileira.

A transferência de tecnologia, a aquisição de *know how* e a exploração de novos processos são importantes fatores de motivação para a formação de *joint ventures* e costumam ter como instrumentos jurídicos os chamados contratos-tipo, estandarizados segundo regras internacionais, nascidas dos usos e costumes verificados no comércio internacional, em boa parte, formulados por empresas e comerciantes dos Estados centrais, seguindo suas seculares práticas de *lex mercatoria*.

Nesse sentido, as exigências de qualidade do produto por parte dos compradores estrangeiros, a formação crescente de consciência por parte do consumidor nacional, bem como serem a produção industrial na atual revolução cibernética e o desconhecimento dos canais de produção desafios para as empresas dos países em desenvolvimento. Por outro lado, os países receptores de

capital estrangeiro de economia aberta exigem que as empresas transnacionais se associem às empresas nacionais com o objetivo de desenvolver tecnologias, manter sua estrutura industrial, especializar os profissionais locais e reduzir a fuga de divisas. Também essas associações acabam por ser reguladas por práticas costumeiras internacionais como os contratos *joint ventures*.

As tensões surgem tendo em vista as diferenças de natureza e forma entre regras internas e regras internacionais. Desse modo, BAPTISTA (1987, p. 35) afirma que cada Estado, seja aquele sob o qual está sujeita a matriz, sejam os governos hospedeiros das subsidiárias, aplica sua diretriz política às unidades da empresa a ele submetidas. Entretanto, essas políticas entram, forçosamente, em choque com a empresa transnacional, no sentido de que, para cada país, há uma política econômica ou social diferente, uma orientação e metas de poder que quase nunca coincidem e quase sempre divergem das da empresa que busca o seu interesse global. Assim, quanto maior for o grau de integração entre as filiais de uma empresa, tanto mais cada uma das filiais se tornará uma espécie de refém para o governo que a abriga.

Em contraposição, as empresas transnacionais tendem a levar ao país hospedeiro a filosofia econômica e política do seu país de origem, bem como seus modelos contratuais de caráter jurídico. Há, assim, uma preocupação do Estado Hospedeiro com a existência de um controle ou intervenção estrangeira sobre sua economia, interferindo em sua soberania, realizada por meios indiretos, o chamado *soft law*, nos quais se incluem as práticas internacionais de comércio presentes, por exemplo, nos contratos-tipo.

Considerações finais

As empresas transnacionais e principalmente sua atuação em países em desenvolvimento são alvo de discussões acaloradas entre teóricos, doutrinadores e formulado-

res de políticas econômicas. Não se pode olvidar que as empresas transnacionais são, no mundo globalizado, os agentes propulsores do comércio internacional e, em consequência, da economia mundial. Sua influência nos países desenvolvidos e em desenvolvimento vem aumentando gradativamente, ultrapassando os limites econômicos e atingindo instâncias sociais e culturais.

Todavia, como instituições econômicas privadas que são, não se deve ter a ingenuidade de acreditar que seus benefícios de lucro não são relevantes. Apesar da tendência atual e incontestável de aceitação do fim social das empresas e de sua maior preocupação com os direitos humanos e a proteção do meio ambiente, as grandes corporações e empresas transnacionais defendem, em última instância, os interesses determinados, na maioria dos casos, pela empresa-sede.

Por outro lado, essas mesmas empresas regulam-se, em boa parte de suas relações jurídicas de caráter comercial, por meio de usos e costumes do comércio internacional. Tais usos surgem a partir das práticas cristalizadas e consolidadas que essas mesmas empresas adotam nos seus negócios realizados em qualquer parte do mundo, promovendo uma verdadeira “regra uniforme” global, que muitas vezes é desconhecida pelos Estados em Desenvolvimento, mas que os atinge diretamente quando essas mesmas empresas ali realizam suas atividades e seus investimentos.

Por meio de Convenções internacionais, foi iniciado um processo de elaboração escrita da *lex mercatoria*, tendo como escopo atingir países em desenvolvimento, que passaram a participar do fluxo internacional de mercadorias e serviços quando este já se organizara em moldes capitalistas tendo como seus principais atores empresas transnacionais e multinacionais originárias dos estados centrais.

Conquista que já se observa é a aderência a leis materiais internacionais regulando o caso concreto, remetendo-se, cada vez

com maior frequência, aos particulares a tarefa de regulamentar em determinados domínios as suas atividades que poderiam sofrer interferência estatal. É o caso dos *self executing contracts*, que se reportam a um contrato-tipo e que crescentemente aparecem no âmbito do comércio internacional.

Por outro lado, a existência de uma moderna *lex mercatoria* a suprimir dificuldades e barreiras no comércio internacional se faz hoje numa sociedade internacionalizada, em que as nações encontram-se divididas muito mais por interesses comerciais conflitantes do que por direitos nacionais distintos. Pode-se mesmo afirmar que Estado e *lex mercatoria* são realidades jurídico-políticas conflitantes.

Um direito espontâneo, surgido da necessidade a partir da congruência jurídica realizada pelos comerciantes internacionais, não necessita tanto da aceitação formal de um Estado, bastando apenas sua não contrariedade para ganhar eficácia. Uma argumentação a favor de uma *lex mercatoria* totalmente livre e desvinculada das regras estatais, um conjunto totalmente autônomo de normas, ainda não é uma realidade global, embora estejamos lentamente evoluindo nesse sentido, haja vista que os Estados, desenvolvidos ou em desenvolvimento, exercem cada vez mais um papel menor nos fluxos internacionais de comércio e investimento, realizados pelas grandes empresas transnacionais ou multinacionais.

Notas

¹ Tradução da Autora.

² Tradução da Autora.

³ Tradução da Autora.

⁴ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuolli (2003, p. 191-192).

⁵ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuolli (2003, p. 191-192).

⁶ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuolli (2003, p. 196).

⁷ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuoli (2003, p. 196).

⁸ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuoli (2003, p. 197).

⁹ Lagarde discorda desse raciocínio.

¹⁰ A tradução do texto original em francês foi feita de forma livre por Valério Mazzuoli.

Bibliografia

BAPTISTA, L. O. *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FIORATI, J. J. *A disciplina jurídica dos espaços marítimos na convenção das Nações Unidas de 1982 e na jurisprudência internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas. *Revista de Estudos Jurídicos*, Franca, p. 1119-1159, 1996.

FIORATI, Jete Jane; VENTURA, Carla Arena. Empresas transnacionais, a economia internacional e estados em desenvolvimento. In: GONÇALVES, Wilson José. (Org.). *O direito em questão: aspectos obrigacionais*. Campo Grande: [s. n.], 2000. p. 149-166.

_____.; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. São Paulo: Manole, 2003.

GOLDMAN, B. Frontières du droit et lex mercatoria. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, n. 09, p. 177-192, 1964.

IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

KAHN, Philippe. Droit international économique, droit du développement, lex mercatoria: concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?. In: FOUCHARD; KAHN, Philippe; LYON-CAEN, Antoine (Ed.). *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechiques, 1982.

KÜBBER; SCHIMIDT. *Gesellschaftsrecht und konzentration*. München: C. H. Beck Verlag, 1988.

LAGARDE, P. Approche critique de la lex mercatoria. In: FOUCHARD; KAHN, Philippe; LYON-CAEN, Antoine (Ed.). *Le Droit des relations économiques internationales: études offerte à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Thechiques. 1982. p. 130-145.

LANGEN, E. *Transnational commercial law*. Leiden: Sijthoff, 1973.

MAGALHÃES, J. C. Empresa multinacional: discriminação analítica de um fenômeno contemporâneo. *Revista de Direito Militar*, Brasília, n. 14, p. 67-88, 1987.

RODAS, J. G. *Sociedade comercial e estado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODIÈRE, R. *Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration*. Paris: Presses Universitaires de France, 1969.

SCHMITTHOFF, Clive. Nature and evolution of the transnational law of commercial transactions. In: _____.; HORN (Ed.). *The transnational law of international commercial transactions*. Deventer: [s. n.], 1987.

STRENGER, I. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1998.