

Direito do Comércio Internacional

Delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível

LEILA BIJOS

JOÃO REZENDE ALMEIDA OLIVEIRA

LEONARDO GARCIA BARBOSA

Sumário

1. Introdução. 2. Delimitação do Direito do Comércio Internacional. 3. Características principais do Direito do Comércio Internacional. 4. Autorregulação do comércio internacional. 5. Codificação internacional, harmonização e unificação jurídica. 6. Direito Flexível no âmbito do Direito do Comércio Internacional. 7. Conclusão.

Leila Bijos é professora do Programa de Mestrado *stricto sensu* em Direito Internacional, Econômico e Tributário da Universidade Católica de Brasília.

João Rezende Almeida Oliveira é professor do Programa de Mestrado *stricto sensu* em Direito Internacional, Econômico e Tributário da Universidade Católica de Brasília.

Leonardo Garcia Barbosa é mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

1. Introdução

O presente artigo trata dos temas introdutórios do Direito do Comércio Internacional. São examinadas: a delimitação do Direito do Comércio Internacional e suas perspectivas de abordagem; as características principais do Direito do Comércio Internacional, entre elas a pluralidade de participantes; a autorregulação do mercado em relação ao papel do Estado; os mecanismos de codificação internacional, de harmonização e unificação jurídica, tendo em vista um Direito do Comércio Internacional plurinacional; e os diferentes tipos de Direito Flexível.

2. Delimitação do Direito do Comércio Internacional

O Direito Econômico Internacional, do qual o Direito do Comércio Internacional é parte, é um ramo recente do Direito e tem-se desenvolvido acentuadamente nas últimas décadas. Ele envolve a organização dos intercâmbios econômicos e financeiros entre os Estados, com a presença de importantes organismos internacionais de cooperação econômica e

comercial, entre eles a Organização Mundial do Comércio (OMC), que representa relevante mecanismo de solução de controvérsias. Os limites à regulação do comércio internacional pelos Estados, estabelecidas nos acordos da OMC, favorecem as empresas ao garantir a previsibilidade e a equidade nos negócios internacionais (TIMM; RIBEIRO; ESTRELLA, 2009, p. 110). O Direito Econômico Internacional também intervém na regulamentação do mercado internacional, institucionalizando princípios e diretrizes orientadoras, além de regras positivas e concretas. Como se verá, há uma dependência relevante entre o Direito do Comércio Internacional e o Direito Econômico Internacional, ainda que o Direito do Comércio Internacional manifeste de forma acentuada seu caráter privado.

Entre os setores de especial relevância para o Direito do Comércio Internacional, podemos destacar a proteção dos direitos de propriedade intelectual, a regulação das empresas transnacionais, as regras de contratação internacional em geral, especialmente os contratos de compra e venda internacional. Para que se compreenda o mercado internacional, é preciso que se estudem os seus instrumentos de proteção, principalmente as regras de livre concorrência, com destaque para as regras de autorregulação, que garantem a prevalência da autonomia da vontade.

Já existem algumas perspectivas para a abordagem do Direito do Comércio Internacional, entre elas a da *lex mercatoria*, a normativista, a do Direito especial em virtude de suas normas, a de codificação do Direito do Comércio Internacional e a que dá destaque ao conjunto de normas jurídicas que regem o comércio internacional.

A perspectiva da *lex mercatoria* enfatiza o caráter histórico do Direito do Comércio Internacional, ao destacar que ele é um Direito

criado e elaborado pelos próprios comerciantes, sem a participação do Estado e fundado fortemente no princípio da autonomia da vontade. Os comerciantes formulam as regras e preveem mecanismos de solução de controvérsias consistentes na arbitragem comercial internacional.¹ A *lex mercatoria* medieval surge num momento em que não havia a organização estatal responsável pela estruturação, controle e intervenção no comércio internacional, dado seu evidente interesse público e social. A *lex mercatoria* é caracterizada por seu caráter transnacional, pelos usos e costumes no comércio, pela utilização de tribunais arbitrais do comércio, pela informalidade e rapidez e, sobretudo, pela consideração da boa-fé na atividade comercial.

A perspectiva normativa reclama distinção entre atos civis e atos de comércio, incluindo a resolução de conflitos derivados de atividades comerciais no âmbito do Direito do Comércio Internacional. A caracterização do Direito do Comércio Internacional como uma espécie de Direito especial, por sua vez, esbarra na insuficiência de suas normas, muitas vezes não contando com regulamentação específica para diversas realidades.

A perspectiva de codificação do Direito do Comércio Internacional, levada a efeito por um órgão codificador da Organização das Nações Unidas (ONU), denominada *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral), responsável pela efetivação de um Direito uniforme, encontra dificuldades, pois seu desenvolvimento depende da elaboração legislativa de um único órgão, esquecendo-se dos problemas específicos surgidos nas mais diferentes localidades.

¹ A Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional possui 92 Comitês Nacionais e opera em 127 países (WALD; LEMES, 2011, p. 13).

A delimitação do Direito do Comércio Internacional implica considerá-lo um conjunto de normas oriundas do Estado, de tratados internacionais, de regramentos privados e de usos e costumes internacionais, aplicáveis ao comércio internacional praticado por entidades privadas localizadas em Estados diferentes.

3. Características principais do Direito do Comércio Internacional

A pluralidade de participantes é uma característica do Direito do Comércio Internacional. Os participantes da ordem comercial internacional são pessoas jurídicas denominadas empresas transnacionais, as empresas estatais de forte influência dos governos e as sociedades mercantis constituídas por tratados internacionais.

Outra característica do Direito do Comércio Internacional são os seus procedimentos de produção normativa. Ela é fortemente influenciada por fontes internacionais, especialmente as do Uncitral e da Câmara de Comércio Internacional de Paris. As regras internas e os usos e práticas mercantis são também fontes do Direito do Comércio Internacional.

A consolidação de usos e costumes do comércio internacional em documentos internacionais colabora para a institucionalização da *lex mercatoria*, de que é exemplo o Convênio de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias.² Os usos e costumes internacionais, muitas vezes, afastam-se das regras internas do comércio internacional, evidenciando uma tendência desnacionalizadora do Direito do Comércio Internacional, sem afastar de todo o papel do Estado, característica da idade medieval. Comparativamente às

ordens jurídicas nacionais, as regras de Direito do Comércio Internacional ainda apresentam muitas lacunas e são menos seguras, porque apresentam imperfeições decorrentes do seu desenvolvimento recente.

Uma das características do Direito do Comércio Internacional são as técnicas de regulamentação. São modestos ainda os empenhos a favor de uma unificação material da regulamentação das transações comerciais internacionais que supere a unificação de normas de conflito. As normas materiais de determinado tratado aplicam-se segundo os critérios de aplicação nele estabelecidos. No caso de lacunas, as soluções conflituais do Direito Internacional Privado desempenham papel relevante.

4. Autorregulação do comércio internacional

A autorregulação do comércio internacional tem desenvolvido respostas jurídicas concretas para as necessidades do mercado. Há um conjunto de normas cada vez mais numeroso à margem do Estado. O comércio, contudo, requer um marco institucional caso não se possa constituir determinado mercado somente mediante instrumentos econômicos, além da adequação em muitos casos de algumas formas de protecionismo. O livre mercado implica reorientação dos poderes públicos, que passa a ocupar-se de assegurar a livre concorrência e a adequada prestação dos serviços públicos por empresas privadas.

O equilíbrio entre o Estado e o mercado implica um mercado eficaz e produtivo e um Estado que não deve perder seu tradicional protagonismo. As recentes crises financeiras internacionais mostram o colapso de um comércio internacional sem Estado. A mundialização e a privatização na economia não geraram um sistema mundial autorregulado à

² A Convenção ainda não foi ratificada pelo Brasil (TIMM; RIBEIRO; ESTRELLA, 2009, p. 82).

margem dos Estados. A soberania nacional e o papel do Estado como ator das relações internacionais, contudo, têm diminuído progressivamente. As agências estatais independentes são criadas sem valoração ideológica e não têm legitimidade representativa alguma. As instituições privadas de classificação de risco atuam à margem do Estado e têm ganhado importância a cada dia. Os órgãos independentes do setor privado, como o *International Accounting Standards Committee* (IASC), tem criado normas uniformes para empresas e governos. Cada vez mais, a arbitragem comercial internacional é uma alternativa em relação aos tribunais estatais.

Os negociadores comerciais reconhecem a importância de incluir o setor empresarial, por meio de suas associações, no planejamento das negociações no sistema multilateral de comércio. O tempo de impacto entre a celebração do acordo internacional e seu impacto nos negócios cotidianos tem diminuído. As associações comerciais tomam a iniciativa de elaboração de instrumentos reguladores do comércio internacional com o objetivo de assegurar segurança em contraposição aos legisladores nacionais que dificultam a rapidez, a segurança e a confiança inerentes à atividade comercial, além de gerar incertezas.

A Câmara de Comércio Internacional (CCI), criada em 1919, é a manifestação mais evidente da sociedade de comerciantes. Ela é uma organização não governamental constituída de mais de sete mil membros de cento e trinta países. As regras e os procedimentos estabelecidos pela CCI são respeitados em milhões de transações efetuadas diariamente no comércio internacional, além de contar com uma importante corte internacional de arbitragem.

A resolução das disputas comerciais entre as empresas precisa ser adequada e rápida, em virtude da globalização da economia, do desenvolvimento do comércio internacional, do incremento dos investidores estrangeiros no País e da posição do Brasil no *ranking* das grandes potências (WALD; LEMES, 2011, p. 9).

A CCI canaliza propostas do setor empresarial perante os governos para que estes atuem nos fóruns internacionais, como nas rodadas de negociação da Organização Mundial do Comércio (OMC). Há um grande número de entidades representativas de setores da sociedade de comerciantes em diferentes âmbitos do comércio internacional.

A composição do comércio agrícola estrutura-se de acordo com o tipo dos bens envolvidos. Um dos principais mercados é o mercado internacional de operações a prazo de Londres. Nos transportes, uma associação se destaca: a *International Federation of Freight Forwarders Associations*. Além dela, ganha relevo no transporte aéreo a *International Air Transport Association* (IATA).

No ramo industrial, uma das principais associações é a *Eletronica and Metalworking Industries* (Orgalime). No setor de construção, podemos apontar a *Federation of Consulting Engineers* (Fidic), responsável pela padronização dos contratos internacionais de construção. As associações do setor financeiro é presidida pelo *Institute of International Banking Law & Practice* (Iiblp), ao lado da *International Financial Services Association* (IFSA).

5. Codificação internacional, harmonização e unificação jurídica

As leis nacionais necessitam de harmonização e unificação porque são inadequadas para os casos internacionais e há grande disparidade entre elas. A harmonização é mais flexível e comporta aproximação de conceitos jurídicos. A unificação requer um texto único para regular determinado aspecto do comércio internacional. A unificação garante maior segurança jurídica nas relações comerciais.

A realidade mostra que há substanciais discrepâncias entre as legislações nacionais. Por essa razão, a uniformidade do Direito Mercantil Internacional deve ser parcial e fragmentária, com a formulação de princípios gerais. É indiscutível a dialética entre as normas internas e as normas unificadoras. Ainda que o Direito uniforme ingresse em determinado Estado, as peculiaridades manifestam-se no momento da sua interpretação.

O processo de unificação internacional do Direito do Comércio Internacional apresenta características dos movimentos de mundialização e regionalização: a unificação coexiste com uma forte tendência em direção ao particularismo; a seleção de matérias para unificar é importante para evitar o fracasso de projetos ambiciosos de unificação; nem sempre é necessária a edição de um normativo modelo

internacional, dada a tendência ao particularismo; e a unificação não é um valor abstrato, mas serve para oferecer solução adequada para os problemas.

A Resolução da ONU nº 2.102, de 20 de dezembro de 1965, define o Direito do Comércio Internacional considerando três elementos: os textos emanados da ONU contêm uma série fixa de operações, entre elas a compra e venda internacional de mercadorias; as normas são consideradas de Direito privado, dando-se ênfase ao caráter privatístico; e a uniformidade jurídica busca evitar o conflito de leis.

A harmonização e a uniformização podem ser um método eficaz de regulação das transações comerciais internacionais, mas elas não são suficientes, forçando a existência de dispositivos conflituais. A unificação do Direito do Comércio Internacional utiliza o método de contar com a autoridade do Estado, como a recepção de tratados internacionais ou a aceitação de leis-modelos, ou depender da vontade das partes, como o uso de termos de comércio.

Na atualidade, a codificação de leis utiliza a técnica do Direito Flexível, materializada em leis-modelos, recomendações ou resoluções dirigidas ao legislador interno. O Direito uniforme garante, como nenhum outro, a segurança jurídica e a previsibilidade dos operadores econômicos. O grau de coordenação pretendido define a escolha entre a harmonização normativa por meio de princípios reguladores ou a unificação propriamente dita.

É decisiva a distinção entre a unificação que abranja as relações de comércio internas e internacionais ou somente as internacionais, para fins de delimitação normativa. A técnica de codificação implica uma hábil seleção do tema e o estudo dos Direitos que se pretende unificar, acompanhado de um método apropriado para examinar as causas da diversidade legislativa.

Depois de finalizada a minuta da codificação, aprova-se o texto em uma conferência internacional.

O Direito uniforme tem utilizado preferencialmente o tratado internacional de caráter multilateral. A vantagem é proporcionar certeza sobre a matéria unificada; a desvantagem é a rigidez intrínseca de toda codificação e a dificuldade de adaptação a cada sistema jurídico nacional.

A uniformização por tratado internacional apresenta os seguintes problemas: um *déficit* democrático dos negociadores na conferência internacional; a unificação por tratado internacional prejudica a flexibilidade da *lex mercatoria*, pois permite aos Estados um maior controle sobre a criação do Direito; os interesses antagônicos resultam em textos ambíguos; a rigidez do texto pode convertê-lo em obsoleto em pouco tempo; a aplicação do texto em Estados federais é dificultada; os juízes têm dificuldades em assimilar o Direito unificado; e a sucessão de tratados dá lugar a conflitos de difícil solução quando há silêncio sobre como resolver conflitos entre os tratados.

A uniformização legislativa não supõe a uniformização de interpretação. No momento da elaboração do texto, nem sempre é possível eliminar problemas interpretativos, os quais aparecem na hora de aplicar a norma. A solução para os problemas interpretativos é a atribuição de competência a uma jurisdição internacional que decidiria sobre o sentido e o alcance dos termos do tratado. Essa jurisdição existe apenas em determinados círculos jurídicos, como a Comunidade Europeia. O remédio habitual tem sido a submissão da questão interpretativa à jurisdição do Estado que aplica o tratado. Há ainda a possibilidade de se recorrer a uma norma de conflito do tratado para que ela designe o ordenamento sob o qual se fará a interpretação.

6. Direito Flexível no âmbito do Direito do Comércio Internacional

O Direito Flexível é um conjunto normativo que carece de força vinculante e que exerce uma influência nos operadores jurídicos mediante normas de caráter dispositivo. Ele é composto de recomendações, códigos de conduta e princípios, influenciando no desenvolvimento legislativo futuro e na atuação judicial. Ele também configura, perante o legislador, uma diretriz habilitante para a edição de uma norma e persegue um efeito dinamizador, abrindo novas áreas de expansão normativa. Além disso, os juízes podem utilizar o Direito Flexível para fundamentar uma decisão.

Um exemplo de utilização do Direito Flexível é a edição de lei-modelo. A lei-modelo é a norma adotada em uma conferência internacional que é recomendada para ser incorporada ao Direito interno. Ela não tem

um caráter obrigatório, nem mesmo há o dever de comunicar ao órgão codificador ou a outros Estados a sua incorporação, mas tem a função de inspirar a legislação interna.

A flexibilidade da lei-modelo permite aos Estados adaptar a norma a suas peculiaridades internas, sem a necessidade de aplicar as tradicionais reservas ao texto. Após a criação da lei-modelo, os Estados adaptam suas normas internas paulatinamente, sem sobressaltos. A Uncitral adotou exemplos bem sucedidos de leis-modelos no caso das leis-modelos sobre comércio eletrônico de 1996 e sobre assinaturas eletrônicas de 2001.

As empresas têm interesse em promover uma adequada política de proteção do consumidor, por meio de códigos de valores éticos e de códigos voluntários de autorregulação elaborados por organizações consumeristas e do setor empresarial. Os códigos de conduta geralmente contêm normas de caráter programático para regular a conduta de determinados sujeitos do comércio internacional. A característica principal do código de conduta é a sua flexibilidade, pois seu cumprimento não é obrigatório.

O código de conduta procura preencher as lacunas constantes do regramento nacional. Seu fundamento é semelhante ao da lei-modelo, mas a diferença é que o código de conduta é dirigido aos particulares. Um exemplo de código de conduta é a prevista na Recomendação 77/524/CE, de 25 de julho de 1977, a respeito de um código de conduta europeu relativo às transações de valores mobiliários.

A guia legislativa é um texto indicativo elaborado por uma organização internacional. A guia tem por objetivo facilitar a consulta ao texto legal por juízes e doutrinadores, constituindo importante mecanismo de harmonização de regras do comércio internacional.

7. Conclusão

A delimitação do Direito do Comércio Internacional implica considerá-lo como um Direito de caráter manifestamente privado, desenvolvido pelos comerciantes a partir dos usos e costumes, cujas controvérsias são dirimidas mediante arbitragem comercial internacional. Os principais participantes do Direito do Comércio Internacional são as empresas transnacionais fornecedoras de mercadorias e de serviços. A produção normativa exige flexibilidade e rapidez por meio de fontes internacionais, notadamente as regras produzidas por organizações empresariais de natureza privada, pois as normas jurídicas dos Estados soberanos não conseguem acompanhar a velocidade dos negócios. A autorregulação desempenha importante papel no comércio internacional ao dar ênfase às regras produzidas pelas próprias partes em seus documentos normativos, atenta aos usos e costumes declarados pelas entidades privadas e

que colabora para a uniformização do Direito do Comércio Internacional. A complexidade das relações jurídicas no comércio internacional e a sua imprevisibilidade demandam a cooperação para a utilização de mecanismos de harmonização e unificação jurídica, bem como uma codificação internacional em diversos temas. A liberdade contratual e a autonomia da vontade encontram ressonância no Direito Flexível, haja vista que não são editadas normas obrigatórias para os comerciantes, mas somente leis-modelos, códigos de conduta e guias legislativas.

Referências

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; GARCÍA, Rafael Arenas; ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. *Derecho de los Negocios Internacionales*. 3. ed. Madrid: Iustel, 2011.

TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Ângela T. Gobbi. *Direito do Comércio Internacional*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a Convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.