

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**REGULAMENTAÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS
DO COMÉRCIO INTERNACIONAL**

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

R344

Regulamentação e solução de conflitos do comércio internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Marcia Carla Pereira Ribeiro, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-370-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Solução de Conflitos. 4. Comércio Internacional. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
REGULAMENTAÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS DO COMÉRCIO
INTERNACIONAL

Apresentação

Os encontros acadêmicos estabelecem o ambiente perfeito para o exercício da importantíssima habilidade de renovarmos nossos conceitos jurídicos. Não só no que se refere ao exercício de interpretação das normas, como também na conformação de um espaço de reflexão sobre a eficiência dos sistemas e sobre o real papel a ser exercido pelo Direito diante das demandas da sociedade. Não por acaso, o tema geral escolhido para o CONGRESSO DO CONPEDI/2016 foi Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Dentre os atores sociais é impossível não se destacar o papel da empresa para o almejado desenvolvimento com cidadania.

Por outro lado, são também as necessidades da sociedade contemporânea que nos levam a pensar os conceitos de soberania em cotejo com os avanços tecnológicos e as facilitações nas trocas internacionais, assim como nos induz a buscar sistemas de solução de controvérsias mais eficazes.

O XXV Congresso do CONPEDI foi recepcionado pelo Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. O Programa de Mestrado em Direito da UNICURITIBA foi criado em 2001. Sua área de concentração volta-se ao Direito Empresarial e Cidadania.

O grupo de trabalho que tivemos a honra de coordenar teve como temática a Regulamentação e Solução de Conflitos do Comércio Internacional, cumpriu com louvor sua função de discussão socializante e transformadora, reforçando a nossa crença em uma sociedade mais livre, consciente, solidária e, acima de tudo, justa.

Nesse livro, os 08 (oito) trabalhos apresentados desenvolveram análises sobre regulamentação e solução dos conflitos no contexto internacional e da globalização, e, como não poderia deixar de ser, todos os participantes contribuíram à principal função da academia que perpassa pelo interesse científico na consolidação de novas respostas aos desafios que nos são impostos na vida em sociedade.

Os desafios enfrentados pelos países em decorrência da globalização inspiraram a apresentação de trabalhos que enfrentaram o Abuso de direito na prática do treaty shopping:

review do caso Phillip Morris v. Austrália (venha ao sabor de aventura e liberdade. Venha. Terra de Marlboro); a realidade das empresas internacionais em face da jurisdição dos organismos internacionais e a possibilidade de normas uniformizadas no artigo Internalização do direito e a globalização: empresas transnacionais e os organismos internacionais responsáveis pela harmonização e convergências dos padrões contábeis na nova sociedade globalizada e no artigo CISG: um caminho para a uniformização, como também no trabalho Comércio internacional e desenvolvimento sustentável: reflexões sobre a regulamentação através das organizações internacionais.

Outras análises correlatas à globalização vem expressas no artigo A eficácia da arbitragem como meio de resolução de conflitos no âmbito do comércio internacional e no artigo Cláusula de eleição de foro em contratos internacionais: uma análise na perspectiva das empresas de pequeno porte e também na abordagem sobre Direitos autorais no mercado globalizado da música.

No artigo O compliance e a responsabilidade da empresa pelo ato de corrupção praticado foi abordada a recente promulgação da denominada Lei Anticorrupção e seus efeitos para a empresa.

A riqueza e a amplitude dos temas apresentados geraram frutos concretos e justificaram sobremaneira a importância e a necessidade de continuidade da pesquisa e dos debates científicos em prol da justiça.

É a partir de trabalhos como os trazidos pelos participantes deste XXV Congresso do CONPEDI que os diversos institutos jurídicos podem ser repensados, implementados e concretizados com eficiência, aprimorando também as diversas relações humanas.

Profa. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR e PUCPR

Profa. Dra. Ynes Da Silva Félix – UFMS

A EFICÁCIA DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

THE ARBITRATION EFFICIENCY AS A WAY OF SOLVING CONFLICTS IN THE INTERNATIONAL TRADE CONTEXT

**Fernanda Adams
Marcella Gomes de Oliveira**

Resumo

O presente artigo visa identificar na evolução do comércio internacional e da arbitragem, as necessidades do mercado em relação à solução dos litígios envolvendo os sujeitos da relação contratual. A evolução das práticas comerciais demonstrou que as estraneidades dos contratos internacionais demandam a adoção de procedimentos imparciais e específicos, desvinculados dos ordenamentos jurídicos dos Estados. Assim, partindo do pressuposto que a autonomia da vontade é a principal fonte de vinculação dos contratantes na relação contratual internacional, pretende-se verificar se as características do procedimento arbitral o tornam um meio eficaz para a resolução de conflitos envolvendo contratos internacionais

Palavras-chave: Lex mercatoria, Comércio internacional, Arbitragem

Abstract/Resumen/Résumé

The current article aims to identify in the evolution of international trade and arbitration, the market needs in relation to solving disputes around the subjects of contractual relationship. The evolution of the market's practices showed that the international contracts foreign elements demand the use of specific and impartial procedures, unattached from the State's legal system. Therefore, assuming that the autonomy of will is the main source of link from the contracting parties in the international contractual relationship, it is intended to verify if the arbitral proceeding's characteristics become an effective way to solve conflicts involving international contracts

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Lex mercatoria, International trade, arbitration

INTRODUÇÃO

O comércio internacional surgiu e se desenvolveu de modo dinâmico, interferindo diretamente nos ordenamentos jurídicos nacionais, de modo a trazer para as legislações internas dos Estados inovações, como a criação de políticas cambiais, surgimento de bancos e bolsas de valores e etc.

Por conta do desenvolvimento da economia, em âmbito global, as relações internacionais evoluíram e se fortaleceram, afetando diretamente na atuação dos Estados, que agora não eram os únicos atores das relações internacionais.

No âmbito internacional o Estado passou a conviver com diversas entidades do comércio que buscavam a adequação das políticas públicas as necessidades do mercado. Isto porque, a evolução do mercado demonstrou que as regulamentações internas dos Estados não foram suficientes para gerir o comércio internacional, por não darem conta de atender a diversidade intrínseca aos sujeitos e contratos das relações comerciais.

Diante da ineficiência do papel dos Estados, a *lex mercatória* (conjunto de regras fruto de reiteradas práticas e costumes comerciais) despontou como o principal regramento das relações comerciais internacionais.

Por conta de tal fato, os Estados foram forçados não só a reconhecer a *lex mercatoria*, mas implementar instrumentos e estruturas legais para a sua aplicação.

Neste contexto, o procedimento arbitral, por priorizar a autonomia das partes e permitir que o julgador aplique livremente os usos e costumes do mercado, foi adotado como o principal meio para solução de conflitos envolvendo contratos internacionais.

Assim, o presente trabalho busca analisar como se deu o desenvolvimento do comércio internacional e a evolução da arbitragem, para ao final concluir se o procedimento arbitral é o meio mais adequado para resolução de conflitos no âmbito dos contratos comerciais internacionais.

Para realização do presente artigo, tomaremos como base os estudos realizados por doutrinadores acerca da evolução da *lex mercatoria*, do comércio internacional e arbitragem.

1. A LEX MERCATORIA E O COMÉRCIO INTERNACIONAL

Na busca de novos mercados, os homens romperam os limites geográficos de seus Estados, desbravando o desconhecido, cruzando oceanos e diminuindo as barreiras culturais e geográficas que separavam os indivíduos.

Foi neste contexto, de intensificação das práticas comerciais e da busca de novos mercados que o comércio internacional se desenvolveu, aproximando indivíduos e nações.

Insta consignar que, em decorrência da expansão de mercado, o comércio internacional desempenhou papel fundamental para evolução da comunidade na medida em que estreitava as relações, aproximando os indivíduos e viabilizando a comunicação e troca de experiências, conforme explica Erick Vidigal:

O vínculo circular que se estabelece entre comércio e comunicação apresenta-se como um dos maiores responsáveis pelos avanços obtidos pela raça humana, desde sua primeira experiência social. Quanto mais desenvolvido o comércio mais propícia se torna a comunicação. Quanto mais se desenvolve a comunicação, mais propício se torna o comércio. E em razão desse movimento interminável a humanidade experimentou avanços que possibilitaram o romper das barreiras terrestres, marítimas e aeroespaciais, incluindo a transmissão de dados, fotos, vídeos e informações outras, em tempo real, para qualquer lugar do globo terrestre. (VIDIGAL, 2010, p. 171-172)

Portanto, a comércio internacional se tornou um instrumento essencial ao mercado e à sociedade.

Em decorrência da importância das práticas comerciais internacionais para a economia mundial, os Estados tiveram que modificar seus ordenamentos jurídicos internos, inserindo, nos mesmos, práticas já consagradas no plano fático das negociações internacionais, como é o caso das práticas cambiais, bolsa de valores, bancos, pessoa jurídica e etc.

Segundo Erick Vidigal “tais práticas comerciais, consagradas pela comunidade mercantil internacional, constituem o fenômeno chamado *lex mercatoria*, verdadeiro direito dos comerciantes ou de profissionais, desvinculado das normas estatais”. (VIDIGAL, 2010, p. 172)

Da mesma forma, para José Carlos Magalhães e Agostinho Tofolli Tavoraro:

Tais regras, nascidas da prática contratual, por vezes codificadas por organismos privados, foram caracterizadas como verdadeira *lex mercatoria* um direito dos comerciais ou de profissionais desvinculados das normas legais do Estado. (MAGALHÃES, TAVOLARO, 2004, p. 58)

Com efeito, a *lex mercatoria* é fruto das práticas e necessidades dos sujeitos que integram a relação contratual internacional.

Por conta da diversidade de relações estabelecidas e da falta de registros precisos, não é uma tarefa fácil estabelecer com precisão o momento exato de surgimento da *lex mercatoria*. Para Luiz Cézar Ramos Pereira:

O lugar exato e tempo da origem da *lex mercatoria* são incertos. Muitos escritores têm declarado que ela teve início na Itália na parte central, em plena Idade Média. Algumas investigações ditam que ela surgiu no tempo em que os árabes dominaram o mediterrâneo. Mas, mesmo assim, eles contribuíram com pouco, pois, utilizavam práticas usadas pelos romanos, gregos e fenícios, que outrora tinham monopolizado o comércio pelo mar” (PEREIRA, 2002, p. 286)

Não obstante a ausência de precisão histórica, Berthold Goldmann foi o primeiro a detectar a existência de um direito do mercado, desvinculado dos ordenamentos jurídicos estatais.

Através de um artigo publicado no *Archives de Philosophie de Droit*, Goldmann procurou verificar os limites existentes entre as normas internas dos Estados e a *lex mercatória*. No final de seu estudo, o autor conclui que a autonomia contratual, originada fora dos sistemas jurídicos nacionais, se desenvolve mais livremente no âmbito dos contratos internacionais. (GOLDMANN, 1964, p. 177-192)

Portanto, uma vez que a autonomia é a base da relação contratual internacional, a *lex mercatoria* se constituiu como a principal fonte do direito comercial internacional, por se adequar as especificidades e diversidades do mercado.

Na antiguidade se verificou que inúmeros direitos de mercadores foram objeto de normatização, como é o caso da *Lex Rodhia de Jactu*, editada pelos fenícios, e lei romana da *Nauticum foenus*, contudo, foi apenas no período medieval que a *lex mercatoria* se consolidou, isto porque, o crescimento do mercado da Europa deu azo ao seu crescimento.

A intensificação da atividade comercial se iniciou na Itália, se espalhando para a França, Espanha e demais países europeus, incluindo a Inglaterra. Na época, os mercadores se deslocavam aos portos e entre as grandes feiras e mercados, a fim de comercializar seus produtos, levando consigo não só suas mercadorias, mas também seus usos e costumes. Tais práticas dos mercadores, segundo José Carlos Magalhães e Agostinho Tofolli Tavoraro “foram incorporados às regras de diferentes cidades e

portos, adquirindo, em virtude do comércio oceânico, principalmente em Veneza, Gênova, Marselha, Barcelona, Amsterdam e as cidades da Liga Hanseática, um verdadeiro caráter cosmopolita”. (MAGALHÃES, TAVOLARO, 2004, p. 59)

Insta consignar que as regras incorporadas ao mercado eram muito diferentes das regras locais, que na maioria das vezes eram feudais e eclesiásticas, principalmente porque, surgiram com base nas práticas e costumes mercantis, e estabeleciam normas transnacionais, aplicadas pelos próprios mercadores, priorizando sempre a liberdade contratual.

Tal situação é assim explicitada por Irineu Strenger:

A Idade Média, com a queda do Império romano, assinala o período de formação do direito comercial. O comércio e a indústria, sob o influxo das idéias do Cristianismo, travaram, por bem de sua liberdade e desenvolvimento, luta renhida contra as velhas instituições políticas e contra a inflexibilidade, rigidez e dureza das regras de direito romano, o *jus commune*, que, por muitos séculos, auxiliado pelo *jus gentium*, bastou para prover as exigências do tráfico comercial. À medida que tomavam impulso as transações, amiudava-se o comércio marítimo, e se desenvolvia o crédito. Paralelamente, àquele direito apareceram nas Repúblicas da Itália, como Veneza, Gênova, Pisa, Florença, etc., os usos e costumes, seguidos do trato dos negócios (*stylus mercatorum*), primeira manifestação jurídica do exercício do comércio. No começo, os usos vieram suprir a insuficiência de textos romanos, regendo casos novos. Depois, deram batalha franca a esses textos, estreitos, incompatíveis com a ordem incipiente de fatos, que reclamavam especial disciplina jurídica. (STRENGER, 1996, p. 56-58).

Todavia, com a evolução da *common law* e o advento da Revolução Francesa, as economias mundiais se modificaram, de modo que, surgiu a necessidade de se regular internamente os mercadores.

Segundo afirmam José Carlos Magalhães e Agostinho Tofolli Tavolaro:

(...) na Idade Moderna, as legislações nacionais continentais mercantilistas, de um lado promoveram a efetivação do direito comercial e, de outro, marcaram o fim da velha *lex mercatoria*, com a emergência dos códigos do século XIX. Muitos de seus preceitos foram incorporados a tais códigos e leis. No entanto, perderam tais disposições o caráter cosmopolita, tornando-se distantes da realidade quando confrontadas com costumes mercantis. (MAGALHÃES, TAVOLARO, 2004, p. 60)

No mesmo sentido, Pedro Pontes de Azevedo afirma:

Assim, na Idade Moderna, tendo em vista o fortalecimento das nações, o Estado invocou para si o monopólio legislativo, tendo como incompatíveis a produção legiferante estatal e as normas emanadas dos usos e costumes

comerciais. As legislações nacionais se fortaleceram nesse período, ficando cada vez mais patenteada a imperatividade do direito comercial – que se firma, inclusive, como disciplina jurídica autônoma. Era advogada a tese de que a *lex mercatoria* era incompatível com o direito soberano de cada Estado produzir suas leis, ou seja, que um direito calcado em práticas, usos e costumes mercantilistas, de cunho supranacional, viria a mitigar a força normativa das leis nacionais. (AZEVEDO, 2006, p. 96)

Dessa forma, o início da idade moderna marcou o fim da velha *lex mercatoria*, ficando a critério dos códigos e leis internos a regulamentação do comércio.

Ocorre que, as regulamentações internas do comércio internacional não foram suficientes para atender a diversidade intrínseca aos sujeitos do mercado internacional.

Assim, mesmo com as codificações, a vontade da prática reiterada do comércio internacional afastou os obstáculos das limitações e restrições dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, forçando os mesmos não só reconhecer a *lex mercatoria*, mas implementar instrumentos e estruturas legais para a sua aplicação.

Segundo Pietro Perlingieri, o mercado necessita de normas que o regulamentem e o legitimem, uma vez que não existe entre mercado e direito um antes ou um depois, e sim uma inseparabilidade lógica e histórica. Assim, o mercado é ao mesmo tempo uma instituição econômica e jurídica, representada pelo próprio estatuto normativo, caracterizado por escolhas políticas. O mercado é um lugar, pelo menos parcialmente, artificial, condicionado pelo contexto cultural e normativo no qual se insere. (PERLINGIERI, 2008, p. 507)

Pietro Perlingieri conclui afirmando que:

O mercado assume o papel institucional de organizador de relações sociais e de redistribuidor de riquezas e os grandes grupos econômicos, que exercem a função de <<governo privado>> da sociedade, prestam-se à cooperação e ao patrocínio compatíveis com o próprio egoísmo, mas em nada disponíveis a gestos e a formas de sincera solidariedade. Daí <<Estado mínimo>>, menos Estado, nenhum Estado, *deregulation*, e ainda mais liberdade da sociedade e anarquismo juvenil; daí, no plano constitucional, a tendência a delimitar os poderes de intervenção, normativos e administrativos, em matéria econômica (o chamado constitucionalismo econômico) e, no plano geral, uma atitude cultural tendente a minimizar <<a necessidade de recorrer às restrições éticas internas e/ou àquelas jurídico-políticas externas impostas ao comportamento humano>>. (PERLINGIERI, 2008, p. 504-505)

Com efeito, a evolução do Estado e do mercado demonstraram a necessidade de uma regulação do comércio, assim, as normas estatais e os usos e costumes mercantis se adequaram, de modo a conviverem em congruência, dando margem ao surgimento de uma nova *lex mercatoria*.

Pedro Pontes de Azevedo afirma que o fim da velha *lex mercatoria* marca o início de uma nova lei de mercado, agora mais organizada e homogênea. De acordo como autor:

É exatamente a fase do declínio da velha *lex mercatoria*, que se caracterizou não pela extinção desse instituto, mas pela sua readaptação à nova realidade socioeconômica global. A velocidade e a relevância das práticas comerciais contemporâneas não estavam mais sendo abarcadas pela normatização autônoma de cada país, o que obrigatoriamente fez com que se adotassem práticas homogêneas no comércio internacional, fazendo surgir a nova *lex mercatoria*. Nesse sentido teve papel fundamental a Câmara Internacional de Comércio de Paris (CCI), que empreendeu debates acerca da defasagem da produção normativa nacional em virtude das novas práticas do comércio mundial. (AZEVEDO, 2006, p. 96)

Dessa forma, o fim da velha *lex mercatoria* marcou o início de uma nova fase, na qual, devido a demanda e necessidade do mercado, os Estados se viram pressionados a reconhecer as leis do mercado.

Para José Carlos Magalhães e Agostinho Tofolli Tavoraro:

(...) a adoção da *lex mercatoria* apresenta-se, na atual fase de globalização da economia, como grande facilitador no comércio internacional, afastando a incerteza da aplicação de normas nacionais conflitantes. Com a sua observância, podem ser evitados julgamentos nacionalistas, seja por ideologia, por xenofobia, ou pelo prosaico comodismo de decidirem os juízes sem maiores indagações sobre o direito alienígena. (MAGALHÃES, TAVOLARO, 2004, p. 68)

Como se pode observar, o comércio internacional se desenvolveu criando diversos instrumentos jurídicos para atender a prática mercantil e fazer frente a reação estatal.

Portanto, a evolução histórica da *lex mercatoria* demonstra a sua essencialidade ao comércio internacional, na medida em que evita a aplicação de legislações internas estranhas ao mercado, priorizando a vontade dos contratante e padronizando as relações comerciais internacionais.

2. OS CONTRATOS INTERNACIONAIS

A evolução das práticas comerciais demonstrou que as relações comerciais e as tratativas negociais internacionais não são uma criação da sociedade moderna, mas sim, fruto de uma adequação do mercado a necessidade dos sujeitos.

Desde o início do comércio internacional, as regras, externas às normatizações contratuais dos Estados, vem sendo utilizado pelos sujeitos do mercado, criando uma espécie de contrato internacional.

O contrato internacional é o principal instrumento do comércio internacional. De acordo com a *Organization of American States* (OAS), são entendidos como contratos internacionais os contratos em que as “partes têm a sua residência habitual ou estabelecimento em diferentes Estados Partes, ou se o contrato tem vinculação objetiva com mais de um Estado Parte”¹.

Luiz Olavo Baptista explica tal conceito, afirmando que:

[...] a movimentação de bens e serviços através de fronteiras é o indicador econômico da internacionalidade do contrato [...] um contrato tem caráter internacional quando, pelos atos concernentes à sua celebração ou sua execução, ou a situação das partes quanto à sua nacionalidade ou seu domicílio, ou a localização de seu objeto, ele tem liame com mais de um sistema jurídico. (BAPTISTA, 2010, p. 21-23)

Já Irineu Strenger conceitua contratos internacionais como:

[...] todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável. (STRENGER, 1986, p. 81)

Quer dizer, a conexão com mais de um ordenamento jurídico, bem como, a promoção de um duplo fluxo de bens pela fronteira são os requisitos para verificar a internacionalidade da relação contratual.

Cabe destacar que o sistema jurídico brasileiro adota a mesma concepção de modo que, será considerado internacional o contrato que atender aos dois requisitos supramencionados, simultaneamente.

¹ Art. 1º, da Inter-American Convention on the Law, da OAS

Como se pode observar, a característica principal do contrato internacional são os elementos de estraneidade, ou seja, características que vinculam a relação contratual a mais de um sistema jurídico.

Neste contexto, podemos destacar como elementos de estraneidade fatores internos que conectam o contrato a mais de um ordenamento jurídico, ou econômicos, relacionados ao fluxo de valores e bens entre dois sistemas.

Não obstante a presença de elementos de estraneidade, os requisitos formais para constituição do instrumento contratual são similares aos contratos internos, de modo que, no contrato deverá constar: qualificação dos bens e das partes contratantes, obrigações e deveres, cláusula de arbitragem e foro de eleição.

Ademais, aplicam-se nos contratos internacionais os mesmos princípios aplicados aos contratos nacionais, como o *pacta sunt servanda*, a boa-fé e autonomia da vontade. Este último princípio merece especial destaque, por ser o principal elemento que adequa o contrato as necessidades dos sujeitos do comércio internacional.

Por conta da diversidade existente nos contratos internacionais, a autonomia da vontade é o princípio que irá reger as obrigações entabuladas entre as partes, permitindo que estas disciplinem a relação contratual e optem pela adoção da lei que irá regular os contratos.

A lei, dentro deste contexto, irá atuar como uma fonte supletiva, fortalecendo a autonomia das partes contratantes, de modo a assegurar a igualdade e liberdade dos contratantes.

O único objetivo legal é permitir a realização do objeto contrato, sem interferir no pactuado pelas partes. Tal contrato parte do pressuposto que a instrumento pactuado é construído a partir do diálogo entre duas ou mais pessoas acerca de uma contratação.

A partir do desenvolvimento da autonomia da vontade, se passa a proteger a liberdade de contratação, assegurando a exteriorização da vontade livre, sem influência externas imperativas, de modo que, para cada indivíduo é assegurado o máximo de independência possível para a contratação, restringindo-se apenas à observância do princípio do *pacta sunt servanda*.

Os contratos internacionais detém força obrigatória e fazem lei entre as partes, de modo que, os indivíduos só podiam se desvincular da relação contratual e das obrigações assumidas através de um novo acordo de vontade, ou nos casos fortuitos ou de força maior.

Portanto, no campo das relações contratuais, a priorização da vontade dos contratantes é relevante para atender a diversidade intrínseca aos contratos internacionais.

3. ORIGEM HISTÓRICA DA ARBITRAGEM

Assim como ocorre nos contratos internacionais, a arbitragem prioriza a vontade das partes, sendo uma das formas de solução de conflitos que mais aproxima os julgadores da realidade dos litigantes.

Da mesma forma, a arbitragem é tão antiga quanto os contratos e as leis de mercado, sendo utilizada por muitas sociedades para resolução de conflitos, sem a participação estatal.

A evolução histórica da sociedade revela que os conflitos e litígios existentes entre indivíduos, muitas vezes, eram resolvidos através de procedimentos pacíficos e privados, similares à arbitragem.

Desde a Babilônia até a Idade Média há registros que apontam a utilização de arbitragens, públicas e privadas, para soluções amigáveis de litígios.

Na Grécia Antiga, por exemplo, a utilização da arbitragem é narrada na mitologia, através da adoção de seus procedimentos para solucionar conflitos entre deuses. No âmbito das Cidades Gregas, os cidadãos utilizavam dos mesmos procedimentos para solucionar seus litígios, inclusive, o laudo arbitral proferido era tornado público, gravando-se a decisão em placas de mármore ou metal, colocadas nos principais templos das cidades.

No direito romano também se nota a adoção de um procedimento similar a arbitragem, isto porque, a pessoa encarregada de resolver um conflito, denominado *iudex* não era um indivíduo vinculado ao Estado, mas sim, um particular escolhido pelas partes.

Na época, o representante do Estado era o Pretor, a quem cabia fiscalizar o processo, fixando as diretrizes de julgamento, isto porque, era ele quem possuía o poder de *imperium* (poder de representar do Estado e as leis). De acordo com Thomas Marky:

Entre os magistrados republicanos, o pretor tinha por incumbência funções relacionadas com a administração da Justiça. Nesse mister, cuidava da primeira fase do processo entre particulares, verificando as alegações das

partes e fixando os limites da contenda, para remeter o caso posteriormente a um juiz particular. Incumbia, então, a esse juiz, verificar a procedência das alegações diante das provas apresentadas e tomar, com base nelas, a sua decisão (MARKY, 1995, p. 07).

Portanto, o Estado só interferia na resolução dos conflitos fixando os limites do litígio, cabendo ao particular, livremente escolhido pelas partes, realizar o julgamento.

Com o enfraquecimento do Estado e o advento da Idade Média, a arbitragem teve um amplo campo para desenvolvimento, pois, a sociedade vivenciou um período de ausência de leis, falta de garantias jurisdicionais, grande variedade de ordenamentos, fraqueza dos Estados e conflitos entre Estado e Igreja.

O crescimento do comércio e independência das cidades do norte da Itália fizeram com que o uso da arbitragem se difundisse, por se mostrar o método mais adequado para aproximar as partes e solucionar lides comerciais.

Durante séculos a arbitragem continuou a ser utilizada, tornando-se, no contexto de Revolução Francesa, um instrumento ideal de oposição aos abusos da justiça do rei.

Todavia, com a promulgação da lei sobre arbitragem de 1806, a prática foi desestimulada, por conta de excessivas formalidades, apenas retornando no século XIX, para atender as necessidades do mercado globalizado.

Com base no processo de evolução histórica das soluções de conflitos pela sociedade, José Alexandre Tavares Guerrero afirma que “as noções primárias de jurisdição repousavam no consentimento dos litigantes”. (GUERRERO, 1993, p. 8).

Quer dizer, a autonomia da vontade dos litigantes consistia em um elemento essencial na resolução de conflitos, sendo privilegiada pelo procedimento arbitral.

4. A ARBITRAGEM NO BRASIL E NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

No Brasil, a lei de arbitragem foi inspirada em regulamentos de arbitragem já existentes em países cuja economia é desenvolvida, tendo como base as diretrizes já adotadas pela comunidade internacional.

Com o advento da lei nº. 9.307/96 (lei da arbitragem) foram introduzidas, no ordenamento jurídico brasileiro, diversas modificações em relação às previsões existentes à época acerca do instituto da arbitragem.

Todavia, o conceito de arbitragem não foi uma inovação na legislação pátria, isto porque, o instituto da arbitragem já se encontrava contemplado em nossa legislação desde o Código Civil de 1916. (ver a disposição do CC/16).

Ocorre que, não obstante a legislação da época permitir a resolução de conflitos pela via arbitral estabelecia uma série de requisitos que acabava por criar obstáculos a adoção do referido procedimento, como é o caso da possibilidade de se frustrar as determinações da cláusula arbitral, ou ainda, precisar recorrer ao Poder Judiciário para homologação do laudo arbitral.

Atualmente, o processo arbitral se constituiu um dos mais importantes meios de soluções alternativas de conflitos, principalmente em relação a questões que envolvem contratos firmados entre empresas de nacionalidades distintas.

A arbitragem, de acordo com Antonio Carlos Rodrigues do Amaral:

(...) é de importância fundamental ao aprimoramento dos negócios internacionais, uma vez que os países desenvolvidos há muitos anos praticam rotineiramente a arbitragem. É, destarte, assunto de amplo interesse econômico, empresarial, social e sindical – e também de ações nos tribunais (que assim tenderão a dedicar-se a questões que não possam ser solucionadas pela arbitragem). (AMARAL, 2004, p. 332)

No âmbito do comércio internacional, a opção pela adoção do procedimento arbitral se deu por uma campanha de promoção de diversas entidades, dentre elas a Câmara de Comércio Internacional de Paris e a ONU, que, através de programas como *Alternative Dispute Resolutions*, incentivaram a implementação de métodos alternativos para a solução de disputas, uma vez que as soluções internas não estavam dando conta de atender as necessidades do mercado.

Segundo José Carlos Magalhães e Agostinho Tofolli Tavolaro “as decisões dos tribunais nacionais, muitas vezes arbitrárias e nada práticas não se adequam ao volume crescente de práticas comerciais internacionais”. (MAGALHÃES, TAVOLARO, 2004, p. 61)

Dessa forma, por conta do fato das características do procedimento arbitral, que dão maior liberdade às partes, priorizando a autonomia da vontade, a arbitragem despontou como o meio mais adequado para resolução de conflitos entre contratantes do comércio internacional.

Assim, no ano de 1985, a Comissão das Nações Unidas para Legislação Comercial Internacional - Uncitral (United Nations Commission For International Trade

Law) instituiu um série de regras de arbitragem para servirem de modelo para as arbitragens *ad hoc* e para a instituição de regulamentos internos de entidades arbitrais de diversos Estados.

Atualmente, existem diversas convenções internacionais aplicáveis à arbitragem, como é caso da Convenção de Nova York (convenção sobre reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras), da Convenção Interamericana (elaborada no âmbito da Organização dos Estados Americanos sobre comércio internacional), bem como, a Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros de Montevideú.

Já no contexto do Mercosul, diversos tratados foram firmados acerca das soluções alternativas de controvérsias, sendo que em 1998, o Brasil e os demais países integrantes do bloco firmaram um acordo sobre arbitragem comercial internacional, incorporado à nosso ordenamento jurídico em junho de 2003 e vigente até o momento.

Como se pode observar, a adoção da arbitragem como procedimento para resolução dos conflitos envolvendo o comércio internacional não é por acaso.

A arbitragem trouxe inúmeras vantagens à solução de litígios no âmbito internacional, não só por atender a externalidade dos contratos internacionais, mas também por ser comparativamente melhor do que os tribunais judiciais.

De acordo com Antonio Carlos Rodrigues do Amaral:

A arbitragem traz inúmeras vantagens à solução de litígios comparativamente aos tribunais judiciais, especialmente em função da prevalência da autonomia da vontade das partes, da rapidez, da maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, do (em tese) menor custo e também da possibilidade de ser mantido o sigilo da questão em debate. Este aspecto da confidencialidade é de especial interesse em matérias da órbita comercial, de família e mesmo trabalhista. Tendo em vista que o árbitro (ou corte arbitral) deverá ser escolhido livre e responsavelmente pelas partes, assim como modelada a estrutura procedimental a ser utilizada, a arbitragem é um instituto extremamente democrático e legítimo. A economia na arbitragem, por sua vez, não se dá somente para as partes, mas para toda a sociedade, que não vê mobilizado o aparato do judiciário estatal para solução de controvérsias patrimoniais limitadas a particulares. (AMARAL, 2004, p. 338-339)

Vale ressaltar que a arbitragem permite que as partes não se vinculem a sistemas jurídicos internos de modo que, ao árbitro é permitido o livre uso das práticas do mercado – da *lex mercatoria*, no momento de formação de seu juízo valorativo para resolução dos litígios.

Portanto, arbitragem representa uma revolução em relação à solução de controvérsias fora dos tribunais, servindo para facilitar o desenvolvimento das práticas comerciais internacionais, permitindo a utilização da *lex mercatoria* como parâmetro para resolução das disputas.

5. CONCLUSÃO

A partir da análise da evolução histórica da *lex mercatoria*, do comércio internacional e da arbitragem foi possível verificar que as necessidades do mercado e dos sujeitos integrantes da relação contratual internacional demandaram a adoção de procedimentos imparciais e específicos, desvinculados dos ordenamentos jurídicos dos Estados

Com a intensificação das práticas comerciais entre Estados diferentes, o mercado se organizou de modo a aplicar a todas as transações realizadas um padrão imposto pelos usos e costumes do comércio – a chamada *lex mercatoria*.

Ocorre que, com o desenvolvimento da *common law*, o advento da Revolução Francesa, as codificações, e etc., o Estado passou a adotar uma postura tendente a interferir no comércio internacional, regulando internamente as relações entre os sujeitos contratantes.

Todavia, tais disposições internas não foram suficientes para atender as necessidades específicas das relações internacionais, uma vez que estas envolvem diversos elementos de estraneidade.

Assim, diante dos anseios do mercado, os Estados se viram pressionados a reconhecer a *lex mercatoria*, priorizando a autonomia dos contratantes e os usos e costumes do mercado, em detrimento dos regulamentos internos.

Neste mesmo contexto, verificou-se que os meios estatais de resolução de conflitos também não atendiam as demandas do comércio internacional, pois, as decisões nacionais muitas vezes se encontravam vinculadas aos ordenamentos jurídicos internos e não levavam em conta as práticas do mercado. Ademais, na maioria das vezes, tais mecanismos estatais não atendiam eficaz e celeremente o volume crescente do comércio internacional.

Com efeito, a arbitragem despontou como um dos principais meios para resolução de conflitos na seara do comércio internacional.

A arbitragem, desde o seu surgimento, prioriza a vontade das partes, permitindo que os árbitros julguem os litígios de forma imparcial e próxima à realidade dos litigantes.

Vale ressaltar que o procedimento arbitral permite que as partes não se vinculem a sistemas jurídicos internos de modo que, ao árbitro é permitido o livre uso das práticas do mercado – da *lex mercatoria*, no momento de formação de seu juízo valorativo para resolução dos litígios.

Com efeito, é possível concluir que a arbitragem é uma forma eficaz para solução de controvérsias no âmbito do comércio internacional, pois, além de priorizar a vontade das partes, permite a utilização da *lex mercatoria* como parâmetro para resolução das disputas, permitindo o avanço das práticas comerciais internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004

AZEVEDO, Pedro Pontes de. **A *lex mercatoria* e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. *Prima facie*, ano 5, n. 9, jul./dez. 2006

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Editoria, 2010

GARCEZ, José Maria Rossani. **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1997

GOLDMANN, Berthold. **Frontières du droit et *lex mercatoria***. In: *Le droit subjectif en question*. Archives de philosophie du droit, 1964

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAGALHÃES, José Carlos. TAVOLARO, Agostinho Tofolli. **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004

ORGANIZATION OF AMERICAS STATES. *Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts*. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/English/Treaties/b-56.html>>. Acesso em 01 set 2016.

PEREIRA, Luiz César Ramos. **Costume internacional: gênese do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

STRENGER, Irineu. **A arbitragem como modo de inserção de normas da lex mercatoria na ordem estatal**. Revista Brasileira de Arbitragem, ano 1, n. 3, jul./set. 2004

_____. **Contratos Internacionais do Comércio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986

VIDIGAL, Erick. **A Lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e sua aplicação no Brasil**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 47 n. 186 abr/jun. 2010