

LEX MERCATORIA E OS REFLEXOS NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO

LEX MERCATORIA AND REFLECTIONS IN BRAZILIAN COMMERCIAL LAW

JOÃO EDUARDO DEMATHÉ

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Joinville, Membro da Comissão de Direito Notarial e Registral da OAB/SC, Membro da Comissão de Relações Institucionais do Conselho Federal da OAB. Professor convidado de Direito Imobiliário na Especialização *Latu Sensu* da CATÓLICA de Joinville/SC. Advogado, sócio de Demathé & Demathé Advogados Associados.

SANDRO MANSUR GIBRAN

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2009). Mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1996). É advogado. Professor de Direito Empresarial junto ao Centro de Estudos Jurídicos do Paraná (CEJPR) e na Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR). Professor visitante na Universidade da Indústria da Federação das Indústrias do Estado do Paraná (UNINDUS). Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial do UNICURITIBA. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Contratual do UNICURITIBA. Professor permanente no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade Federal do Paraná (2015/2017). Tem experiência em: Direito Empresarial Societário. Função Social da Atividade Empresarial. Negócios Empresariais. Consumo Consciente e Sustentável.

VINÍCIUS CAMARGO ZIENTARSK

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas – UFPel – Pós Graduando em Direito Empresarial pela PUC-MG e Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogado integrante do escritório Ceni de Oliveira Advogados Associados no município de Pato Branco – PR.

RESUMO

Este estudo tem por objetivo compreender a aplicação da *lex mercatoria* ao Direito Comercial brasileiro, ou seja, como pode-se valer desta importante fonte do Direito Internacional. A pesquisa é hipotético-dedutiva, descritiva e bibliográfica. A *lex mercatoria*, fenômeno que remete ainda ao período medieval, embora tenha sofrido alterações e evoluído com o passar dos tempos, não encontra, na doutrina, um conceito único. Há quem defende tratar-se de uma ordem jurídica autônoma enquanto outros



preconizam ser uma alternativa ao direito interno e, ainda, quem defenda ser norma complementar. Em que pese a classificação/definição adotada, fato é que a *lex mercatoria* exerce importante papel, principalmente complementando o direito interno, haja vista a impossibilidade das normas legais acompanhar a evolução das relações comerciais, principalmente no âmbito internacional. Logo, os costumes e usos podem ser utilizados pelo julgador na decisão do caso concreto. Em meio a esse cenário uma questão desperta interesse. Diz respeito à aplicação da *lex mercatoria*, fonte do Direito Internacional, às relações comerciais, ou seja, regidas pelo Direito Comercial, e não restritas à esfera internacional.

Palavras-chave: *Lex Mercatória*. Direito Internacional. Direito Comercial. Aplicabilidade.

ABSTRACT

This study aims to understand the application of *lex mercatoria* to Brazilian Commercial Law, that is, how it can use this important source of International Law. The research is hypothetical-deductive, descriptive and bibliographic. The *lex mercatoria*, a phenomenon that goes back to the medieval period, although it has undergone changes and evolved over time, does not find, in doctrine, a unique concept. There are those who argue that it is an autonomous legal order while others advocate it being an alternative to domestic law and, still, those who argue that it is a complementary rule. In spite of the classification / definition adopted, the fact is that *lex mercatoria* plays an important role, mainly complementing domestic law, given the impossibility of legal norms to accompany the evolution of commercial relations, especially at the international level. Therefore, customs and uses can be used by the judge in deciding the specific case. Amid this scenario, a question arouses interest. It concerns the application of the *lex mercatoria*, source of international law, to commercial relations, that is, governed by commercial law, and not restricted to the international sphere.

Keywords: *Lex Mercatoria*. International right. Commercial law. Applicability.

1 INTRODUÇÃO

Não é recente na história da humanidade a realização de transações comerciais extrafronteiras. Na medida em que a sociedade foi evoluindo, e na busca por desbravar novas áreas, fronteiras foram sendo rompidas e as relações comerciais deixaram de ser estabelecidas apenas em um determinado espaço territorial.

Com a difusão dos meios de comunicação, em especial, estas relações ganharam relevo, fomentando o comércio internacional e corroborando, por conseguinte, para que contratos internacionais sejam firmados, o que também decorre da globalização.



De fato, a atividade de comércio internacional, devido à globalização mundial, é a chave para solução da falta de recursos comerciais no mercado de consumo interno. Por meio do comércio internacional as empresas conseguem a possibilidade de terem lucros maiores para suas atividades. A crise e a falta de demanda no consumo interno tornam o comércio internacional a alternativa mais viável para um lucro.

Um dos efeitos da globalização é a constante mudança no ordenamento jurídico em decorrência dos acordos e convenções internacionais que o Brasil é signatário. Logo, o comércio internacional, decorrente do estreitamento das fronteiras, corrobora para que se discutam as normas jurídicas aplicáveis às relações, já que os interesses dos sujeitos envolvidos no contrato precisam ser assegurados, pois a relação vai muito além da compra e venda de mercadorias, por exemplo, já que são operações complexas e que envolvem questões diversas, como direitos do consumidor, tributos, dentre outras.

Em meio a esse cenário uma questão desperta interesse. Diz respeito à aplicação da *lex mercatoria*, fonte do Direito Internacional, às relações comerciais, ou seja, regidas pelo Direito Comercial, e não restritas à esfera internacional. Logo, busca-se compreender, nesse breve estudo, a aplicação da *lex mercatoria* ao Direito Comercial brasileiro.

Destarte, adota-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo, pautando-se a pesquisa no levantamento bibliográfico.

2 LEX MERCATORIA: COMO ESTA FONTE DO DIREITO INTERNACIONAL REFLETE NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO?

2.1 DAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

As fontes do Direito Internacional possuem o objetivo de indicar soluções para certa relação jurídica. No âmbito do Direito Internacional Privado, as fontes têm um importante papel sobre o direito interno de cada país, como a doutrina, a lei e a



jurisprudência. Diferente do âmbito do Direito Internacional Público, que têm suas normas geradas por fontes supranacionais (DOLINGER, 2001).

A maioria dos países tem a lei como fonte primária do Direito Internacional Privado, fazendo com que seja a primeira fonte a ser examinada nos casos de conflitos advindos de um contrato no âmbito internacional; a jurisprudência também tem um importante papel, principalmente no que diz respeito às lacunas deixadas pelas leis internacionais, que de certa forma são preenchidas pelos julgados, formando-se precedentes; por fim, a doutrina tem grande relevância para o Direito Internacional Privado, pois serve, muitas vezes, como base para decisões judiciais e fornece uma visão global dos diversos mecanismos utilizados em todo âmbito internacional (RECHSTEINER, 1999).

Ocorre que, não só os fatores internos integram as fontes do Direito Internacional Privado, somam-se a elas os tratados e convenções, bem como a jurisprudência internacional, entre outras instituições (DOLINGER, 2001). Portanto, repita-se, o Direito Internacional possui algumas fontes que devem ser por ora elencadas e analisadas, para que se tenha uma noção do quanto são importantes e a que se destinam.

Partindo-se, como premissa, do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, as fontes de direito internacional são:

Artigo 38 1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverão aplicar; 2. As **convenções internacionais**, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. O **costume internacional** como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. Os **princípios gerais do direito** reconhecidos pelas nações civilizadas; 5. As **decisões judiciais e as doutrinas** dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59. 6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes.

Ou seja, as fontes aplicáveis no direito internacional dão-se através das convenções internacionais, dos costumes internacionais, dos princípios gerais do direito em âmbito internacional, da jurisprudência internacional e da doutrina.

Levando em consideração, de acordo com Mazzuoli (2013), que as fontes do direito internacional, com rol no documento supracitado, se tratam de um roteiro para que a Corte Internacional possa aplicar em casos concretos, não impedindo que novas fontes sejam criadas.



Dentro desta ótica, primeiramente, passo a tratar dos costumes, que na visão de Shaw (2010) estas regras costumeiras se desenvolvem dentro de uma sociedade, no caso a internacional, de forma inconsciente e são mantidas por meio de pressões sociais. Inicialmente não são escritas ou codificadas, tratando-se de um processo original, mas podem servir como base para posterior implementação de regra escrita. Porém, há uma especificidade na utilização dos costumes como fonte do direito internacional, a prática geral pelos Estados deve ser aceita como direito efetivamente.

Em se tratando das convenções internacionais, elas dão origem aos tratados conceituado por Accioly, Casella e Silva (2012, p. 158), “por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional”, ou seja, o tratado é o acordo regido pelo direito internacional, onde através de convenções, reúnem-se mais de um Estado, que discutem temas relevantes a seus interesses e da comunidade internacional para codificarem suas vontades, gerando direitos e deveres para as partes aderentes dos tratados.

Ainda com Accioly, Casella e Silva (2012, p. 161), internacionalmente:

Para que um tratado seja considerado válido, é necessário que as partes (estados ou organizações internacionais) tenham capacidade para tal; que os agentes estejam habilitados; que haja consentimento mutuo; e que o objeto do tratado seja lícito e possível.

Logo, existem condições de validade para um tratado internacional que não podem deixar de ser observadas. Contudo, vale destacar as principais convenções internacionais sobre o dano ambiental transfronteiriço, sendo elas: A Convenção de Estocolmo (1972); Convenção de Genebra sobre poluição transfronteiriça de longa distância (1979); Convenção africana sobre o banimento da importação e controle do movimento e gerenciamento de resíduos perigosos transfronteiriços (1991); Convenção sobre avaliação de impacto ambiental em contextos transfronteiriços (1991); Convenção sobre os efeitos transfronteiriços de acidentes industriais (1992); e Conferência das nações unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento: princípios 12 e 19 – ECO/92 (1992).



Com relação aos princípios gerais de direito internacional, esclarece Mazzuoli (2013, p. 141) “são aqueles aceitos por todos os ordenamentos jurídicos”, podendo citar como exemplo, o princípio da boa-fé, da proteção da confiança, do respeito a coisa julgada, do direito adquirido, da responsabilidade do Estado em caso de infringir direitos adquiridos e da *pacta sunt servanda*, advindo, direta e originariamente, da prática internacional, ou seja, dos costumes. Por fim, existindo mais duas fontes de direito internacional, a jurisprudência e a doutrina, aquela decorrente das decisões judiciais da Corte Internacional e esta dos juristas mais qualificados de diferentes nações, mediante obras que norteiam, esclarecem e auxiliam as decisões jurídicas e as outras fontes do direito internacional (MAZZUOLI, 2013).

No que tange à resolução de conflito em uma demanda, o Direito Internacional Privado pode ser simplificado sobre a ótica de que para cada conteúdo contratual deve-se estabelecer o critério jurídico mais pertinente ao caso, ou seja, que a legislação mais adequada ao fim específico no acordo seja estabelecida para tal situação (STRENGER, 1996).

Strenger (1996, p. 351) afirma que, toda norma jurídica apresenta duas partes: a “hipótese” e a “disposição”. A hipótese é a situação pela qual se apresentam os casos em que a norma deverá ser exercida, já a disposição refere-se às consequências que a norma poderá acarretar. Assim, entende-se que as regras jurídicas serão sempre hipotéticas, ou seja, dispõem sobre determinada finalidade, no qual só terão consequências diante da existência de um fato que integre a norma.

Importante destacar que nenhuma lei, ainda que escolhida pelas partes contratantes, poderá ferir a ordem pública do Estado competente para julgar a demanda, ou seja, a norma deverá estar de acordo com os valores morais e políticos do país, incluindo os bons costumes e a soberania do Estado (AMORIM, 2002).

É o que estabelece o artigo 17 da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro: “as leis, atos e sentenças, de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (BRASIL, 1942).



Dessa forma, o contrato internacional deverá ser estipulado de acordo com os princípios adotados pelo sistema legal do país, que em hipótese alguma deve ser desconsiderado em decorrência de interpretações diversas de um sistema jurídico estrangeiro (SOARES, 2012), o que justifica uma breve análise dos contratos internacionais e as relações comerciais.

2.2 DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS E AS RELAÇÕES COMERCIAIS

A dinamicidade das relações humanas e o estreitamento das fronteiras tem contribuindo significativamente para que o contrato internacional que versa sobre o comércio se torne uma constante na vida dos indivíduos. É cada vez mais comum se deparar com situações corriqueiras que remetem ao estabelecimento de uma relação comercial, a exemplo da aquisição de um pacote de turismo em país diverso, a compra de eletroeletrônicos, de perfumes, dentre outros.

Os contratos internacionais podem ser estudados por meio de duas óticas, a ótica jurídica, e a ótica econômica. A primeira diz respeito à conexão de um contrato com mais de um sistema jurídico estrangeiro e a sua vinculação com os elementos de estraneidade, enquanto a segunda está relacionada ao fluxo econômico que o objeto da operação internacional de bens ou serviços pode acarretar.

Neste estudo, porém, interessa o aspecto jurídico dos contratos internacionais que versam sobre o comércio. Os contratos internacionais são caracterizados pela formação de conflitos de lei no espaço, os quais necessitam da possibilidade de sistemas jurídicos distintos para nortear uma relação. Essa relação contratual tem como elemento chave a vontade, que, em regra, deve ser declarada expressamente por meio de um documento escrito que transmita o compromisso celebrado entre as partes do negócio (SALEME; NIARADI, 2005).

Ainda que seja denominado de contrato internacional privado, por regular as relações nesta esfera, é incontestável sua ligação com o Direito Internacional Público, tendo em vista que as normas internas de um Estado são de Direito Público e repercutem de forma efetiva nos casos de um suposto conflito judicial (RECHSTEINER, 1999).



Diferente da definição para os contratos em geral, que tem os acordos de vontades conceituados a partir dos verbos “extinguir, modificar, resguardar ou adquirir direitos”, a relação jurídica contratual internacional pode se dar por outras formas, tendo em vista que o sistema jurídico adotado nas relações além das fronteiras tem ligação com os elementos de conexão disciplinados pelas normas do Direito Internacional Privado, as quais possuem seus critérios relacionados por meio do caso concreto. Assim, cada relação contratual poderá ter suas normas delimitadas a partir da sua complexidade, ou seja, não se trata de uma norma engessada, mas sim de entendimentos subjetivos que poderão apresentar às partes a segurança jurídica almejada, e assim possibilitar o resultado pretendido (SALEME; NIARADI, 2005).

Ainda que os contratos internacionais sejam regulados de forma diversa dos contratos nacionais, entre eles verificam-se requisitos semelhantes, tendo em vista que ambos conterão itens similares que compõem sua estrutura, como a qualificação das partes, a indicação do objeto ou do bem contratado, o foro de eleição, a responsabilidade das partes, entre outros. Além disso, princípios como a boa-fé, *pacta sunt servanda*, e, salvo exceções, a autonomia da vontade, também deverão ser obedecidos no âmbito nacional e internacional (KEINER, 2015).

Importante frisar que os contratos internacionais não só devem ter vinculação com mais de um sistema jurídico estrangeiro, mas também ter em suas características “dados de estraneidade”, como o “domicílio”, a “nacionalidade”, o “local da sede”, ou o “centro das principais atividades”. Assim, para ser considerado um contrato internacional é essencial que a relação esteja vinculada a diferentes ordenamentos jurídicos estrangeiros em face do seu lugar de execução ou conclusão, da localização do objeto, do domicílio das partes, bem como suas nacionalidades, etc. (SKITNEVSKY, 2010, p. 333).

Baptista (2014) cita que esses critérios são analisados para definir se um contrato é nacional ou internacional, sendo que o contrato será considerado internacional no Brasil quando algum desses elementos estiver vinculado a mais de um sistema legal.

Os elementos de estraneidade em um contrato internacional são imprescindíveis. No Brasil, o contrato não se define por meio da nacionalidade dos contratantes, mas sim



por seus domicílios, de modo que se uma das partes reside no Brasil e a outra parte está domiciliada em outro país, ainda que ambos sejam brasileiros e que o objeto esteja localizado em território nacional, o contrato será considerado internacional (PEDRO, 2006).

O contrato também pode ser definido a partir de sua finalidade, ou seja, quando as partes estabelecem todas as fases do negócio jurídico em um documento com força vinculativa e eficácia jurídica, que prepondera sobre relações futuras referentes ao caso, exceto na hipótese de revogação expressa dos contratantes (BASSO, 1998).

A aplicação das regras nos contratos internacionais privados, eivadas de conflitos de lei no espaço, depende da coerência dos legisladores em ditar as leis de acordo com os objetos de conexão. Ou seja, tem-se que analisar o caso específico para então delimitar a norma mais adequada, tendo em vista que a decisão é de natureza subjetiva ou material, e o documento deve ser estabelecido da maneira mais congruente (SALEME; NIARADI, 2005).

Por fim, cumpre ressaltar que embora os contratos internos tenham similaridade em alguns pontos com os contratos internacionais privados, ao que se refere à disposição estes possuem diferenças. Isso porque, em um contrato interno a consequência está estabelecida pela própria norma, como permitir, obrigar ou proibir algo ou alguém, já no âmbito internacional o desrespeito a uma norma estabelecida em um contrato terá como consequência a subordinação de um determinado sistema jurídico (STRENGER, 1996).

2.3 CONCEITO DE *LEX MERCATORIA*

Para Diniz (2011, p. 126), *lex mercatoria* é “Uma teoria fundada na constatação de que os contratantes pretendem unificar o regime jurídico da venda internacional e as operações complementares mediante contratos”.

Já no entendimento de Baptista (2011, p. 77) que a *lex mercatoria* “tem suas raízes e suas fontes no direito de diversos países na aplicação pragmática dos princípios e normas deles oriundos, mas reduzida a uma fórmula global que resulta da práxis do comércio internacional”.



Marco (2005, p. 52-53), *lex mercatoria*:

Consiste em um conjunto de regras de direito, conhecidas e utilizadas, sem vínculo com qualquer sistema legal específico, tendo por fundamento os usos e costumes daquela localidade, bem como a adoção reiterada de cláusulas padrão e contratos tipos e práticas reconhecidas e aceitas internacionalmente por associações profissionais, organizações supranacionais e entidades semelhantes.

Vidigal (2010, p. 178-189), por sua vez, preconiza que a *lex mercatoria* nada mais é que “um complexo de uso e costumes que não se sobrepõem ao direito nacional; um corpo autônomo de direito formado graças à autonomia da vontade, a partir da reiterada aplicação nas operações de comércio e de arbitragem internacional”.

Nessa perspectiva, Feitosa (2007, pg. 485) delinea a *Lex Mercatoria* como: “instância normativa (e decisional) não-estatal de grande relevo no estágio atual da economia de mercado”.

Tais normas, segundo Staffen e Polis (2020, p. 130), “em sua maioria, são constituídas pela prática da mercância fora das estruturas legislativas do Estado”. E mais adiante os autores concluem:

A *lex mercatoria* se caracteriza pela existência de indivíduos, organismos e associações internacionais empenhados na construção de um mercado econômico transnacional, bem como da possibilidade que estes possuem de participar do processo de compilação das melhores práticas comerciais, as quais se tornaram compêndios e códigos contendo os métodos de negociação, contratação e de resolução de conflitos mais indicados para o fomento da atividade econômica. Assim, embora as diversas correntes acerca da aceitação ou não da *Lex Mercatoria* como direito válido, quando a Lei do Mercado é analisada a partir da Teoria Institucionalista do Direito, esta revela-se como uma das fontes do Direito Global (STAFFE; POLIS, 2020, p. 136).

Não é demais salientar, como bem observa Vidigal (2010), que o surgimento da *lex mercatoria*, vista pelo autor como um fenômeno, não é algo fácil de se precisar na história da humanidade. Isso se deve porque há registros de normas estabelecidas em um passado bastante distante, para regulamentar o comércio internacional.

Prossegue Vidigal (2010) ressaltando que ainda em seu formato medieval, a *lex mercatoria* apresentava características bem semelhantes às que hoje se vislumbra, embora a sua origem esteja relacionada à expansão do comércio marítimo internacional.



Contudo, a evolução da sociedade e a queda do Império Romano fez surgir novas regras, gerando, na Europa, certa insegurança em virtude do estado de anarquia que se instaurou. Logo, foram necessárias medidas, como o estabelecimento de corporações para defender interesses de determinados grupos. Não obstante, lembra Vidigal (2010), houve períodos de bastante instabilidade, e só no século XV surgiu a noção de que os mercadores não estavam sujeitos à legislação inglesa, devendo a eles ser aplicada uma lei universal, uma lei natural, a *lex mercatoria*.

Prossegue Vidigal (2010) esclarecendo que no século XVII o uso da *lex mercatoria* foi sendo mitigado pelo avanço do *common law*, na Inglaterra, passando a *lex mercatoria* a ser concebida como costumes e práticas comerciais, devendo ser provada na análise do caso concreto.

Ainda de acordo com Vidigal (2010), em que pese a maior ou menor utilização da *lex mercatoria* ao longo da história da humanidade, países como a França foram fortemente influenciados, a exemplo do Código Comercial de 1807. Teve início, nesse período, o movimento de afirmação da soberania dos Estado e a *lex mercatoria* acabava por se apresentar como uma ameaça.

Houve, porém, uma readaptação da *lex mercatoria*, uma releitura do instituto, haja vista a necessidade de adequação às relações comerciais na atualidade, mormente o desenvolvimento do comércio internacional e a necessidade de se instituir regras para garantir a segurança jurídica dos envolvidos sem, contudo, afrontar a soberania dos Estados.

Nesse contexto é que Vidigal (2010, p. 178) preconiza que a “nova *lex mercatoria* encontra sua força normativa nesse movimento contínuo entre Estado e mercado”, pois é da auto-regulamentação que se extraem instrumentos jurídicos de grande relevo para tratar do comércio internacional.

Enquanto a *lex mercatoria* no período medieval era voltada à regulamentação das atividades exercidas em feiras de comércio, na Europa, muito se assemelhando às leis que regiam o Direito Romano, a nova *lex mercatoria* encontra amparo em várias fontes e resulta da intensificação da dinâmica do comércio internacional.



Constata-se, portanto, que embora a *lex mercatoria* não seja um fenômeno novo, já que no começo era voltada à realidade comercial do mercantilismo, enquanto atualmente decorre da transnacionalização do comércio mundial, em virtude da globalização, como dissertam Staffen e Polis (2020), deve ter a sua importância reconhecida, haja vista o papel que exerce na resolução de conflitos.

Não obstante, a conceituação de *lex mercatoria* ainda é questão complexa, pois como lembram Santos e Silva Filho (2017), trata-se de um dos temas mais complexos, surgindo várias correntes para explicar o seu conceito e alcance. Para a primeira, no entender dos autores, a *lex mercatoria* é uma ordem jurídica autônoma, pois não depende dos ordenamentos jurídicos nacionais para a sua validade. A segunda, por sua vez, preconiza ser a *lex mercatoria* uma alternativa para a ordem jurídica nacional e, por conseguinte, é composta por regras jurídicas que permitem decidir litígios na seara do comércio internacional. E, por último, a terceira corrente, que ressalta ser a *lex mercatoria* complementar, ou seja, a partir da consolidação dos usos, costumes e expectativas, relativas ao comércio internacional, complementa o direito nacional aplicável.

Sobre a legislação internacional aplicável ao Direito Comercial, pode-se compreender que essa se constitui de um conjunto de normas, regras, princípios e costumes que foram construídos no decorrer da história da navegação. Nota-se que a esse conjunto de regras denominadas de *lex mercatoria*, é possível verificar a sua aplicação e a sua recepção pela norma brasileira.

Nesse sentido, Strenger (1996, p. 26) sustenta que:

[...] outra relevante fonte do comércio internacional são as práticas adotadas pelos comerciantes internacionais, de modo uniforme e continuado, criando a observância desses comportamentos assimilados, ordenamentos típicos dotados de dimensão autenticamente internacional, que transcendem as definições válidas nos limites de cada Estado.

Assim, compreende-se que a vinculação da *lex mercatoria* ao ordenamento jurídico estatal, infere diretamente nas especificidades dos interesses jurídicos da parte brasileira em transações exteriores. Nesse quadro, afirma Strenger (1996, p. 37-38, grifo nosso) que:



[...] a *lex mercatoria* é feita de regras costumeiras de direito material: elas se aplicam a uma relação que contenha um elemento de estraneidade sem passar pelo método do conflito de leis que, desde Savigny, caracteriza o direito internacional privado. Os usos do comércio internacional, das regras materiais e anacionais, são regras costumeiras; a *lex mercatoria*, diz este autor, **é um direito costumeiro transnacional, um direito espontâneo formado de usos profissionalmente codificados, de “montagens” jurídicas, de cláusulas contratuais e de conjuntos de contratos que disciplinam, de uma maneira constante e original, as relações jurídicas entre os sujeitos e as operações internacionais**, das quais se pode questionar se a repetição não as eleva progressivamente à posição de instituições costumeiras. As pessoas que se sujeitam a essas regras têm consciência de que estão sujeitas a um sistema aplicável por si, no âmbito restrito do comércio internacional, mas também aplicável nos sistemas estatais, pelo simples respeito do princípio *pacta sunt servanda*.

Resta evidente, portanto, a relevância da *lex mercatoria*, sendo mister analisar como se aplica às relações comerciais no âmbito interno.

2.4 LEX MERCATORIA E SUA APLICABILIDADE AO DIREITO COMERCIAL

Na ciência do Direito o velho paradoxo não encontra lugar, não há dúvidas de quem veio primeiro, pois certamente primeiro o homem, depois as leis. O desenvolvimento da sociedade é que, inevitavelmente, a seu tempo e modo, modulou todos os institutos jurídicos que estudamos hoje. Cada campo de estudo com a sua forma e a sua relevância, alguns mais regulamentados que outros, com raízes mais antigas ou não, rotineiramente nos remetendo ao estudo do Direito Romano.

No campo do Direito Comercial tal desenvolvimento tem ainda maior importância, pois o Comércio como conhecemos hoje é relativamente recente, remontando apenas aos últimos séculos da Idade Média (BULGARELLI, 2001, p. 25).

Este é um dos ramos do direito que, ao iniciar o estudo, não partimos de premissas do Direito Romano. Como explica Waldirio Bulgarelli (2001, p. 28), as relações comerciais em Roma se desenvolveram de maneira tal que não foi necessária uma divisão do Direito Civil, inclusive não sendo o comércio amplamente incentivado entre a população, pois não se desejava o desenvolvimento e enriquecimento dos plebeus. Pelo contrário, a sociedade romana encontrou sua forma de realizar o comércio sem modificar sobremaneira o Direito até então aplicado.



O comércio foi então melhor desenvolvido com os produtos asiáticos, desenvolvendo-se a rota da seda, e depois o comércio das especiarias, sendo a expansão marítima um momento crucial no desenvolvimento do Direito (BULGARELLI, 2001, p. 28-30).

Com a evolução do comércio, passou-se a perceber que o Direito Civil, até então aplicado às relações, já não satisfazia a especificidade deste tipo de negócio jurídico. Desenvolveram-se as regras próprias do comércio e foi preciso, então, adotar critérios de aplicabilidade do Direito Civil ou do Direito Comercial a cada caso concreto (CRUZ, 2018, p. 06).

Inicialmente foram criadas as Corporações de Ofício, sendo comerciante todo aquele associado como tal perante as Corporações. O critério de aplicabilidade do direito comercial era, portanto, subjetivo, pois analisava a qualidade do sujeito da relação jurídica. “As corporações de comerciantes constituem jurisdições próprias cujas decisões eram fundamentadas principalmente nos usos e costumes praticados por seus membros” (COELHO, 2015, p. 29).

Depois superou-se tal critério passando a estipular que comerciante era todo aquele que praticasse os atos definidos como de comércio, passando, então, a vigor um critério objetivo, chamado Teoria dos Atos do Comércio (CRUZ, 2018, p. 07). Essa teoria teve surgimento na França, com o Código Mercantil Napoleônico de 1808. Como explica Fábio Ulhoa Coelho (2015, p. 28) a partir de então “o direito comercial deixou de ser apenas o direito de uma certa categoria de profissionais, organizados em corporações próprias, para se tornar a disciplina de um conjunto de atos que, em princípio, poderiam ser praticados por qualquer cidadão”.

A Teoria dos Atos do Comércio vigorou até a elaboração Código Civil italiano de 1942, quando se passou a definir o comerciante – agora chamado empresário – a partir de um critério de forma, ou seja, é empresário aquele que atua de forma econômica e organizada para produção e circulação de bens e serviços (COELHO, 2015, p. 47-49).

Vige hoje, portanto, as consequências da doutrina italiana, com a chamada Teoria da Empresa, sendo empresa o vocábulo utilizado para identificar o perfil funcional, ou seja, empresa é atividade; empresário o vocábulo para determinar o sujeito, aquele que



exerce empresa; e estabelecimento a designação do objeto, ou seja, aquele conjunto específico de bens e direitos (CRUZ, 2018, p. 13).

Percebe-se, portanto, que o exercício da atividade empresarial foi se desenvolvendo de diversas formas, guiado pela criatividade dos empresários e pelo princípio de que aquilo que não é proibido, é permitido. Desenvolveram-se formas de associação para o exercício da empresa, cada qual com a sua particularidade própria. Naturalmente, no decorrer dos anos, cada tipo de associação era regulamentado, legislado, prevendo-se o seu funcionamento e os seus limites.

Nesse contexto as fontes do direito internacional ganham relevo, em especial a *lex mercatoria*, haja vista a relevância para o Direito Comercial, ou seja, no regulamento e interpretação das normas que regem as relações empresariais, a atividade da empresa em si e, conseqüentemente, as relações comerciais que decorrem desse ramo do Direito.

Anote-se, ainda, que grande parte da transnacionalização do direito deve-se ao avanço infreável da *lex mercatoria*. Este movimento, caracterizado pela perda da territorialização como forma principal das relações político-sociais, onde valorizado pelo novo sistema capitalista, o qual trabalha com o novo movimento mundial relacionado a soberania de certos estados (VENTURA, 2007, p. 86).

São diversas as possibilidades de instituir um contrato internacional, tais como compra e venda de mercadorias, contratos bancários, contratos internacionais com o Estado e organismos internacionais, transferência de tecnologia e etc. Essa relação pode ser regulada por fontes internas (lei, costume, jurisprudência e doutrina) e/ou fontes externas (tratados e convenções internacionais e *lex mercatoria*). Suas cláusulas, em regra, são de solução de conflitos, eleição de foro, arbitragem, lei aplicável, cláusula relativa ao tempo de estabilização ou ao risco, e cláusulas de implicação financeira (juros, moeda, câmbio e etc.) (GUIMARÃES, 2002, p. 11-12).

Ainda, conforme Marques (2003, p. 84), verifica-se que, de acordo com o art. 732 do Código Civil de 2002, é possível a aplicação da subsidiariedade das leis especiais, com a *lex mercatoria*, e com a aplicação prioritária das normas do Código Civil, que, da mesma forma, possibilita a aplicação do código consumerista nos aspectos que referirem as 'normas desta lei especial tutelar dos consumidores'.



Marques (2001) conclui que “as normas nacionais, reguladoras do comércio internacional, assim como direito uniforme do comércio internacional ou a denominada *lex mercatoria*, geralmente não se preocupam em proteger o consumidor, ao contrário tentam excluir estes contratos de seu campo de aplicação”.

Com relação aos contratos internacionais voltados ao comércio, apesar da discussão da doutrina com relação à aplicabilidade e ao conteúdo, a *lex mercatoria* também é uma interessante fonte, tendo em vista que agrupa regras do comércio internacional, constituídas por meio de usos e costumes dos envolvidos na prática internacional transfronteiriça (RECHSTEINER, 1999, p. 59).

Assim, o direito costumeiro também é considerado uma importante fonte do Direito Internacional Privado, principalmente do comércio internacional, tendo em vista que os usos e costumes adotados em diferentes setores das atividades mercantis internacionais acabam por serem aplicados no mercado como um todo.

É nesse contexto que Vidigal (2010) preconiza que a *lex mercatoria*, em sua nova concepção (afastada da ideia inicial, que vigorou no período medieval), é sim, aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, sem que isso configure afronta ou mitigação da soberania estatal.

Buscando exemplificar a utilização da *lex mercatoria*, Vidigal (2010) cita a utilização da arbitragem por diversos ordenamentos jurídicos que, com o passar dos tempos, passaram a reconhecer os benefícios da utilização do juízo arbitral em detrimento da manifestação do Poder Judiciário. E, em se tratando de comércio internacional, principalmente, defende o autor a relevância da utilização da arbitragem, tanto que a Lei nº 9.307/1996 prevê a homologação de sentença arbitral.

Por isso, ainda segundo Vidigal (2010), a jurisprudência pátria é pacífica quanto ao reconhecimento da validade do compromisso arbitral em contratos internacionais, podendo o juízo arbitral se valer das disposições decorrentes da *lex mercatoria*, o que supre as mazelas existentes em sistemas judiciais de todo o mundo. É, pois, uma alternativa que encontra amparo, por exemplo, desde o advento do Código Comercial de 1850, o qual previa o uso dos costumes para reger os atos de comércio.



Em meio a esse cenário é que Staffen e Polis (2020) defendem que a *lex mercatoria* hoje tem aplicação global. É, pois, uma das fontes de matriz global. E, embora seja geralmente utilizada para dirimir conflitos de direito internacional, mormente no comércio internacional, também pode ser invocada no âmbito interno.

Trata-se, pois, de uma lei de mercado que tem sim, aplicação no âmbito interno, devendo ser aplicada quando as regras internas não permitem a resolução do conflito, pois os costumes, como já dito, são fonte do Direito internacional e interno. É, pois, viável filiar à corrente que defende ser a *lex mercatoria* sobretudo uma norma complementar do direito nacional aplicável.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações comerciais sempre existiram na história da humanidade, em maior ou menor número, tendo ganhando relevo, no cenário internacional, com a globalização e o consequente estreitamento das fronteiras. É um fenômeno antigo, que surgiu ainda no período medieval, ganhou novos contornos. Trata-se da *lex mercatoria* que, em apertada síntese, pode ser compreendida como uma lei de mercado, aplicada às transações comerciais, a partir dos costumes e usos.

Os conceitos doutrinários não permitem traçar uma definição única, pois há quem defenda ser a *lex mercatoria* uma ordem jurídica autônoma, enquanto outros preconizam ser uma alternativa à ordem jurídica nacional e, ainda, quem defenda tratar-se de normas complementares ao direito nacional.

Importa ressaltar, contudo, que independentemente da corrente a que se filie o estudioso do direito, há de reconhecer o alto grau de abstratividade da *lex mercatoria*. Não obstante, exerce, no cenário comercial, papel de suma importância, estabelecendo a possibilidade de que sejam os conflitos dirimidos segundo os usos, dando autonomia às relações comerciais.

Por fim, constata-se que a *lex mercatoria* pode sim, auxiliar na resolução dos conflitos no âmbito interno, completando as normas jurídicas, de modo a dar segurança às relações. É, pois, o papel dos costumes e usos, que conseguem proporcionar ao



jugador uma visão das práticas no mercado, pois nem sempre a legislação evolui de forma a prever todas as situações jurídicas.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba. SILVA, G. E. do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Lex Editora, 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 10 out. 2020.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**, v. 1. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DINIZ, Maria Helena, **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FEITOSA, Maria Luiza P. A. M. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra, 2007.

KEINER, Luciana R. **Contratos Internacionais: definições e princípios**, 2015. Disponível em: <<http://lukeiner.jusbrasil.com.br/artigos/148870542/contratosinternacionais-definicao-e-principios>> Acesso em: 10 out. 2020.

MARCO, Carla Fernanda de. **Arbitragem Internacional no Brasil**. São Paulo: RCS, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEDRO, Wagner Osti. Direito aplicável aos contratos internacionais do comércio. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1476>. Acesso em: 10 out. 2020.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado**: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 1999.

SALEME, Edson Ricardo. NIARADI, George Augusto. **Temas Atuais de Direito de Comercio Internacional**: Das Cláusulas Hardship nos Contratos Internacionais, v. II. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos Santos; SILVA FILHO, Davi da. *Lex mercatoria* como uma ordem jurídica autônoma: o que o princípio da segurança jurídica tem a dizer? **Caderno Virtual**, v. 1, n. 28, 2017.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SKITNEVSKY, Karin H. A formação dos Contratos Internacionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 18, n. 71. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SOARES. Guido F. S. **A Ordem Pública nos Contratos Internacionais**. Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001533ca60f395f689d9e&docguid=leda3b5508a1911e1a3eb00008517971a&hitguid=leda3b5508a1911e1a3eb00008517971a&spos=6&epos=6&td=4000&context=22&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 out. 2020.

STAFFEN, Márcio Ricardo; POLIS, Gustavo. A *lex mercatoria* como fonte do direito global a partir da Teoria Intitucionalista de Santi Romano. **Revista Argumentum**, Marília-SP, v. 21, n. 1, p. 117-139, jan./abr. 2020.

STRENGER, Irineu. **Direito do comércio internacional e lex mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço de conjugação entre estatualismo e cosmopolitismo. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de; STRECK, Lênio. (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIDIGAL, Erick. A *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 47, n. 186, p. 171-193, abr./jun. 2010.



