

A Introdução da Lex Mercatoria no Brasil e a criação de uma nova dogmática

ARNOLDO WALD

"A luta pelo direito, isto é, a luta por um nível mais alto de justiça nas relações entre os homens, e pela substituição progressiva da violência pelo comando universal da razão, não é a mesma em todas as épocas. O que ontem constituía aspiração pode ser hoje conquista tranqüila, e o que ontem parecia terreno ganho pode ser novamente hoje área litigiosa, em cuja defesa nos temos de empenhar.

A linha de combate – o 'front' – da luta pelo direito é historicamente móvel e é para ele que se deve transportar o espírito dos juristas em vez de contentar-se com as tarefas de mera manipulação técnica processadas na retaguarda".

San Tiago Dantas

1. Coube ao Professor Irineu Strenger ser o pioneiro na introdução do estudo da *Lex Mercatoria*, no Brasil, matéria que estudou e desenvolveu, inclusive, em brilhante curso que proferiu na Academia de Direito Internacional. Em toda a sua vida universitária e profissional, desde a década de 1960, manifestou-se o seu interesse notório, pelos contratos internacionais do comércio, pela teoria da autonomia da vontade e pela cooperação na solução dos litígios entre empresas de países distintos, constituindo tais questões uma de suas maiores preocupações.¹ Ao examinar os problemas jurídicos, que decorriam da crescente globalização da economia, sempre conjugou e complementou o Professor Irineu Strenger a análise acadê-

¹ STRENGER, Irineu. "Autonomia da vontade em Direito Internacional Privado", São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1968; "Teoria Geral do Direito Internacional Privado", São Paulo, BUSHATSKY, José, 1973; *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio Forense, 1978; "Contratos Internacionais de Comércio", 2ª ed., São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1992 e "La Notion de Lex Mercatoria en Droit du Commerce International". *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 227, 1991, II.

Arnoldo Wald é Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil na UERJ.

O presente artigo integra estudo do autor em homenagem ao Professor Irineu Strenger.

mica com a visão pragmática. Impregnado pela Filosofia do Direito, que também lecionou, não se trancou, todavia, na torre de marfim dos intelectuais que, tão-somente, sonhavam com a existência de *Um Mundo Só*, ao qual aludira Wendell Wilkie, logo após a Segunda Guerra Mundial. Tratou de construir e aplicar à realidade os princípios da *Lex Mercatoria* sempre com coragem e criatividade, trazendo uma contribuição relevante, já hoje reconhecida por todos, no plano nacional e internacional.

2. Com o seu conhecimento dos livros e da vida e a sua inteligência percuciente, explicou o Professor Irineu Strenger que não devíamos ter medo da *Lex Mercatoria* pois não fora concebida contra os interesses dos países em desenvolvimento. Ao contrário, era preciso que os juristas brasileiros participassem na construção do novo Direito Internacional do Comércio, enfatizando e defendendo os legítimos interesses do nosso País e de outros em condições econômicas análogas, sem que houvesse receio na adoção do que se veio a considerar a verdadeira "common law internacional dos contratos", baseada em princípios gerais representando a *communis opinio* dos juristas, no campo internacional, e dos quais devem brotar as soluções dos casos concretos. Quer se veja, na *Lex Mercatoria*, um novo Direito Pretoriano Internacional, baseado nas decisões já proferidas, quer se prefira considerá-lo como uma ordem jurídica, já constituída, que se impõe ao árbitro, especialmente no caso de lacunas ou conflitos de leis, é imperativo reconhecer-se, de qualquer modo, a existência de um Direito material da arbitragem e dos contratos internacionais cuja construção deflui da dogmática jurídica.

3. Efetivamente, sempre se entendeu que o trabalho mais nobre do jurista consiste em construir o Direito, seja pela interpretação atualizada de textos antigos, como aconteceu em relação às jurisprudência e doutrina francesas, que mantiveram, por quase dois séculos, em vigor o Código Napoleão, chegando a novas soluções "par le Code, au delà du Code", seja nos casos de omissões e lacunas, encontrando, nos princípios gerais, as soluções para situações e conflitos decorrentes da moderna tecnologia, ainda ignorados e não previstos pelo legislador. Assim, a doutrina considerou que os princípios gerais permitiam o uso da analogia e, por outro lado, a elaboração de soluções na ausência de textos legislativos adequados, sendo a construção dogmática a função mais nobre e complexa do jurista.

4. Neste sentido, escreve San Tiago Dantas que "a obra fundamental reservada ao pensamento jurídico dos nossos dias é pois a renovação da antiga Dogmática".²

5. Na nossa visão, os princípios gerais do Direito não constituem uma fonte autônoma de Direito, no plano interno, pois representam uma explicitação e uma concretização de determinações contidas no sistema de normas legais e a aplicação de conceitos inclusos nas mesmas, que o intérprete põe em evidência, mediante um trabalho que abrange inicialmente a indução (para definir os princípios) e, em seguida, a dedução (para aplicação ao caso concreto).³

6. Ao contrário, no plano internacional, os princípios gerais são definidos com maior liberdade do intérprete, que vai procurar o consenso entre as posições das várias legislações e pode, num determinado momento, ter que fazer prevalecer a tese adotada pelo sistema de um país, excluindo o entendimento consagrado em outro. Há, assim, uma maior liberdade de valoração na *Lex Mercatoria* do que no Direito nacional, justificando que, no trabalho de indução, sejam tomados em consideração todos os sistemas jurídicos, exigindo-se, para tanto, a contribuição específica dos juristas dos países em desenvolvimento, para que possam defender as suas concepções, nos planos jurídico, econômico, moral e cultural, mobilizando-se, para tanto, a fim de evitar que sejam excluídos da construção do sistema jurídico internacional do comércio, em virtude de omissão, que somente a si próprios poderão atribuir. É neste sentido que a lição do Professor Irineu Strenger foi – e está sendo – impregnada de modernidade, ao enfrentar o mundo atual, como ele é, trazendo a sua lição de jurista brasileiro que não se considera, todavia, cingido, no plano internacional, ao conhecimento do direito pátrio, sendo, ao contrário, um excelente comparatista, condição necessária para ser, nos dias de hoje, um bom internacionalista.

7. Ao aposentar-se na Faculdade de Direito da USP, pôde o Professor Irineu Strenger fazer suas as palavras de René David que, concluindo o seu livro sobre *A Arbitragem no Comércio Internacional*, disse ter-se afastado, ao optar pelo estudo do Direito Comparado, dos

² DANTAS, San Tiago. "Nova Dogmática Jurídica", in Revista Forense nº 98, fascículo 400, p. 293.

³ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Introdução e Parte Geral*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, nº 24, pp. 66 e ss.

seus colegas que se dedicaram exclusivamente à exegese das leis e da jurisprudência do seu país, fazendo um trabalho que certamente é útil. Mas, acrescentava o eminente professor francês, que o jurista não deve considerar as leis e as decisões jurisprudenciais como fetiches, pois a sua missão consiste em contribuir de modo constante no aprimoramento do Direito, que está sempre ameaçado de esclerose, e que, especialmente em nossa época, exige imperiosamente ser renovado".⁴ Na realidade, ao lado do Direito Positivo, o Direito Comparado e a *Lex Mercatoria* são instrumentos tanto das soluções práticas dos conflitos, que surgem no comércio internacional, como de uma tomada de consciência das legislações e culturas estrangeiras, que permitem assegurar uma ordem internacional mais justa e uma melhor ordem jurídica social no plano interno, concluiu René David.⁵ Trata-se de uma linguagem, de uma concepção de vida, de uma visão do mundo e da função do jurista, que não quer, nem admite, trair a sua vocação, participando da verdadeira elite que renova o mundo atual. É o momento em que o comparatista e o filósofo do direito se reencontram em René David, como, hoje, vieram a se reencontrar o Professor de Filosofia do Direito e o do Direito Internacional Privado em Irineu Strenger, em cujas lições se sente a presença do mestre do Direito Internacional não só no campo do comércio exterior, mas também do Direito Internacional do desenvolvimento. E, se defendemos, há um quarto de século, a existência do Direito do desenvolvimento, não há dúvida que o mesmo deve existir – e já hoje tem a sua existência reconhecida tanto no plano interno, como internacional.⁶

8. Ocorre, todavia, que, para muitos dos nossos juristas e para os meios jurídicos nacionais em geral, a *Lex Mercatoria* parece, algumas vezes, ser uma expressão esotérica, que nenhuma relação tem com os negócios realizados no Brasil, não obstante o expressivo crescimento que tiveram, nos últimos anos, as nossas exportações, abrindo-se, agora, mais am-

plamente, o mercado para as importações e havendo fundada esperança de um maior número de investimentos estrangeiros em nosso país e de *joint ventures*, entre empresas brasileiras e estrangeiras, para atuar tanto no plano interno, como no exterior, matéria que foi, aliás, objeto de excelente estudo de Luiz Olavo Baptista.⁷

9. Assim sendo, diante de um cenário no qual o próprio BNDES reconhece que o Brasil só poderá progredir mediante a sua maior integração na economia internacional e o recebimento de importante fluxo de capital externo⁸, entendemos ser oportuno um mais amplo estudo da *Lex Mercatoria* e do Direito Comparado.

10. Podemos, pois, concluir que a evolução do mundo nos obriga a uma crescente abertura das nossas fronteiras e a uma progressiva integração na economia mundial, sob pena de sacrificar o país e de assistir ao que alguns sociólogos e economistas chegaram a denominar a nossa "africanização", evocando a situação de um continente que, cada vez mais, se empobrece e se apresenta, aparentemente, sem solução a curto e médio prazo.

11. A integração econômica do Brasil no continente americano é no mundo significa uma verdadeira revolução cultural, em relação ao nosso Direito, exigindo uma nova formação dos juristas, que não mais se podem contentar em conhecer, tão-somente, o direito nacional.

12. A *Lex Mercatoria* tornou-se um instrumento jurídico importante para os povos que pretendem participar ativamente da evolução econômica mundial, sendo preciso conhecê-la e acompanhar a sua evolução, não havendo razão para ter medo do novo Direito do Comércio Internacional, que relembra o Direito Pretoriano e o próprio *ius gentium* de uma fase da evolução do Direito Romano. Trata-se, aliás, menos de um corpo de lei, decisões e doutrina do que da introdução de um novo espírito na construção e interpretação do direito.

13. Por outro lado, não basta conhecer a *Lex Mercatoria*, é preciso verificar os limites de sua aplicação e a sua combinação com as normas do Direito brasileiro, para poder defender os interesses das empresas do nosso país e

⁴ DAVID, René. *L'arbitrage dans le Commerce International*, Paris, Econômica, 1982, nº 455, p. 573.

⁵ Obra e loc., citados na nota anterior.

⁶ WALD, Arnoldo. *O Direito do Desenvolvimento*, in *Revista dos Tribunais*, v. 383, pp. 7 a 18; FLEUER, Guy e CASSAN, Hervé. *Droit International du Développement*, Paris, Dalloz, 1985 e FLORY, Maurice. *Droit International du Sous – Développement*, Paris, Presses Universitaires de France, 1977.

⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo et DURAND-BARTHEZ, Pascale. *Les Associations D'entreprises (joint ventures) dans le Commerce International*, Paris, Feduci-L.G.D.J., 1986.

⁸ BNDES, *Síntese dos Cenários para a Economia Brasileira, 1987-2000*, Ed. do Departamento de Planejamento.

saber quais as posições que serão adotadas pelos tribunais arbitrais nos conflitos de interesse que poderão surgir.

14. A atitude dos juristas brasileiros em relação à *Lex Mercatoria* não deve ser a de simples espectadores, acompanhando passivamente a sua evolução, mas sim de verdadeiros participantes de sua construção, tendo um papel ativo, no plano profissional e doutrinário e, na dinâmica da elaboração desse novo Direito, que se inspira nos princípios gerais do sistema jurídico dos países do Ocidente, ao qual pertencemos, pela nossa cultura, pela nossa formação e pelos nossos ideais democráticos, liberais e inspirados na Justiça, sob todos os seus aspectos, seja ela comutativa ou distributiva.

15. Como bem salientou o Professor Irineu Strenger, "a arbitragem é, pois, juntamente com

a produção contratual, a grande fonte de dados e elementos, aos quais se acrescentam outros decorrentes da prática, que permitem a formação e o aperfeiçoamento da *Lex Mercatoria* como sistema autônomo".

16. E conclui, "que o desenvolvimento internacional teve como consequência o abandono da concepção estritamente estatal do Direito, que prevaleceu no século XIX e que, hoje, não passa de uma lembrança histórica".

17. Criou-se, assim, ainda nas palavras do Professor Irineu Strenger, um verdadeiro "Direito Especial" que "consolidou as práticas de comércio internacional" e que "partindo dos seus próprios sistemas e sob a pressão da imperiosa necessidade dos fatos, atingira o seu objetivo final", transformando-se numa ordem jurídica perfeita e acabada".⁹

⁹ Ob. e loc. citados nas notas anteriores, pp. 218 e 350.