

ATIVISMO ARBITRAL E *LEX MERCATORIA*

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke¹

“(…) sendo tantas as nações da Europa e tão diversas as línguas, é muito difícil, por não dizer impossível, que os nossos julgadores possam compreender tantos e tão vários Estatutos”.

José Homem Correa Telles²

INTRODUÇÃO



problema semântico está no núcleo da comparação jurídica e, em especial, no centro da arena arbitral, em que direito nacional e a chamada *lex mercatoria* (ou “direito transnacional”, para citar-se uma expressão preferível a alguns³) têm convivido pelas mãos dos litigantes e dos próprios árbitros, por opção nem sempre formalizada. Num cenário que tenha partes de diferentes países, direito material aplicável da nação de al-

¹ Doutorando em Direito Civil pela USP, Mestre em Direito pela UFRGS, Professor nos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UNIRITTER e da UNISINOS, Advogado em TozziniFreire Advogados, gmn@tozzinifreire.com.br. Este artigo corresponde a parcela do desenvolvido na Parte I do trabalho “Arbitragem e Desequilíbrio Contratual Superveniente: *hardship*, direito brasileiro e poderes do árbitro”, inédito. Agradeço a precisa revisão crítica dos professores Judith Martins-Costa e Luis Renato Ferreira da Silva.

² CORREA TELLES, José Homem. *Commentario critico á Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865, p. 64.

³ A expressão “direito transnacional” é preferível a “*lex mercatoria*” para alguns autores, tendo em vista que esta, além da carga histórica e ideológica que esses estudiosos veem nela incrustada, remeteria a um direito costumeiro (MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 33-34). A noção remonta à clássica elaboração JESSUP, Philip C. *Direito transnacional* (trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva). Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p. 12. Aqui far-se-á uso das expressões como se sinônimos fossem, sem adentrar-se nas minúcias da diferenciação.

guma delas (ou a pura remissão ao direito transnacional) e árbitros de outras nacionalidades – além de idioma estranho a parte dos envolvidos, circunstância a evocar toda uma problemática própria –, não são de pouco relevo os perigos da polissemia, do aculturamento de estrangeirismos (forçado, escamoteado ou inocente) e da supressão do direito local (também forçada, escamoteada ou inocente).

Isso se dá, não raro, quando essa *lex mercatoria* é combinada ao direito estatal escolhido pelas partes, seja por disposição expressa destas (em cláusula que preveja essa possibilidade), seja por opção dos próprios árbitros; mas sobretudo em situações mais extremas em que os árbitros fazem uso do direito transnacional em desconsideração ao próprio ordenamento eleito pelos litigantes, levando a cabo o que se poderia denominar de “ativismo arbitral” – atitude “insidiosa” e “criticável”, como bem descreve Eduardo Silva-Romero ao comentar precedente da ICC em que os árbitros obraram justamente com esse excesso⁴. Trata-se de postura, em verdade, que não parece distar muito do discurso que atribui ao juiz um “ofício criador”, discurso este que, ao ser despido da reflexão filosófica que pressupõe e evoca, ordinarizou-se; e, ao ordinarizar-se, passou a servir de apanágio a uma atuação solitária do magistrado, prescindindo do estofo doutrinário e, por vezes, abdicando até mesmo da percepção “alográfica” de seu labor⁵.

A peculiaridade da seara arbitral é que nela a libertação do árbitro por vezes é sustentada com teses de elaboração teórica apurada. Deve-se entender, antes de tudo, que as peias e

⁴ SILVA-ROMERO, Eduardo. Note. *Journal du Droit International (Clunet)*. Paris: LexisNexis, 2010, n. 4, p. 1.401, comentando o caso ICC n.º 12.456, de 2004, em que o tribunal arbitral não se contentou em aplicar o direito escolhido pelas partes, mas, sempre que possível e a cada vez que fundamentava sua decisão, fez uso de princípios pertencentes, segundo alguns autores, à *lex mercatoria* (idem *ibidem*).

⁵ Para fazer-se uso da conhecida expressão usada por Eros Grau, inspirado em Tullio Ascarelli, ao referir à complementaridade da atuação do legislador e do juiz (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27).

correntes que elas tentam romper são as estabelecidas pela autonomia privada, responsável por fixar o âmbito de atuação do árbitro, dando a margem de sua liberdade e o grau de suas faculdades, a partir da escolha do direito material aplicável e do procedimento a ser seguido⁶. O “ativismo arbitral” de que se fala representa, portanto, o enfraquecimento dessas vinculações, pretendido por aqueles que outorgam aos árbitros a plena faculdade de manejarem a *lex mercatoria* no sentido de promover sua disseminação e, por seu manejo, a unificação dos ordenamentos locais, ainda que em exercício abrogatório do direito material eleito pelos litigantes – abrogação que, repita-se, nem sempre é feita às claras, mas na penumbra semântica, no escamoteio da linguagem⁷.

Em foros mais afastados do contexto europeu, como é o brasileiro, essas preocupações se intensificam. Em primeiro lugar, porque não há debate sobre o estabelecimento de uma *communitas* regional, o que finda por tornar prescindível o aprofundamento teórico que lhe daria a base⁸. Resultado disso

⁶ “A força da convenção”, bem lembra José Alexandre Tavares Guerreiro, baseada na autonomia privada, “delimita o universo jurídico em que procurarão os árbitros as normas a serem aplicadas ao caso concreto, em virtude, justamente, da predeterminação do direito aplicável” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 68).

⁷ As teses que dão sustento a essa postura são plúrimas, mas as que mais intimamente se conectam ao uso desmedido do direito transnacional escoram-se na percepção de uma *lex mercatoria* uniforme e circulante, e na figura do árbitro como instrumento de sua unificação. É o que se lê, por exemplo, de autores como Alfredo de Jesús O., para quem “os árbitros contribuem para a unificação do direito internacional e em particular à unificação do direito dos contratos comerciais internacionais”, por serem organismos da ordem jurídica transnacional e promotores da “autorregulação do direito dos contratos do comércio internacional” (JESÚS O., Alfredo de. La contribución del árbitro a la autorregulación y unificación del derecho de los contratos del comercio internacional. *Revista brasileira de arbitragem*. Porto Alegre: Síntese, 2009, jul.-set., n. 23, pp. 125-129). Nesse mesmo sentido, CARBONNEAU, Thomas. A definition of and perspective upon the *lex mercatoria* debate. In: CARBONNEAU, Thomas (org.). *Lex Mercatoria and arbitration: a discussion of the new Law Merchant*. The Hague: Kluwer Law International, 1992, p. 14.

⁸ Salvo algumas recentes exceções, que, por serem exceções, confirmam a ausência de um debate efetivo, e.g.: BRANDELLI, Leonardo (org.). *Estudos de direito civil*,

é a rarefação de estudos sobre teoria do direito comparado e circulação de “modelos jurídicos”⁹, a chocar-se com as necessidades recentes que a arbitragem tem produzido. E em segundo lugar, porque a transplantação irrefletida de modelos jurídicos não é prática incomum, sendo, pelo contrário, talvez uma das principais marcas de nosso direito (a remontar à “Lei da Boa Razão”¹⁰), sobretudo em tempos recentes de acentuada crise da doutrina¹¹ e de “confusa circulação de modelos”¹².

internacional privado e comparado: coletânea em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Leud, 2013; FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010; VIEIRA, Iacyr de Aguiar (org.). *Estudos de direito comparado e de direito internacional privado.* Curitiba: Juruá, 2011, t. 1 e 2.

⁹ No sentido dado por REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico.* São Paulo: Saraiva, 1994, especialmente às pp. 63-75, em que trata das espécies de modelos jurídicos.

¹⁰ Na tradição luso-brasileira, desde a “Lei da Boa Razão” a combinação entre direito nacional e direito estrangeiro enseja certa atenção. Basta lembrar que a legislação pombalina permitia essa composição em situações de insuficiência do ordenamento jurídico estatal, possibilitando que os juízes recorressem aos “primitivos Principios”, ao “Direito das Gentes” e ao “que se estabelece nas Leis Políticas, Economicas, Mercantís e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado” (Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, §9.º). Para este último caso, a Lei ia ainda mais longe: “(...) sendo muito mais racional, e muito mais coherente, que nestas interessantes materias se recorra antes em casos de necessidade ao subsidio proximo das sobreeditas Leis das Nações Christãs, illuminadas, e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã jurisprudencia”. Sobre o problema do direito subsidiário na Lei da Boa Razão, veja-se: BRAGA DA CRUZ, Guilherme. O direito subsidiário na história do direito português. In: *Obras Esparsas.* Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981, v. 2, parte 2, pp. 391-408; MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A Legislação Pombalina: alguns aspectos fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2006, em especial pp. 153-160.

¹¹ Sobre isso, os recentes: ÁVILA, Humberto. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. In: *Conversa sobre a Interpretação no Direito. Estudos em Homenagem ao Centenário de Miguel Reale.* Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2011, set., Cadernos para Debates n. 4; MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de direito privado.* São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 9-40; PARGENDLER Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: FGV, 2013, v. 262, pp. 95-144; RODRIGUES JÚ-

Por esses fatores, o que acima se chamou de “ativismo arbitral” – isto é, a livre combinação do direito nacional com a *lex mercatoria*, pelas mãos dos árbitros, mesmo sem expressa autorização das partes e com abrogação do primeiro – tende a ser não apenas mais intenso, mas sobretudo irrefletido, mormente na moldura de um incentivo à prática arbitral que, por vezes, é intentado a qualquer custo. A proposta deste estudo, por isso, é passar do estado de irreflexão para o de questionamento – ainda que em abordagem preliminar e não abrangente –; e para realizar esse fim, propõe-se a responder: de que *lex mercatoria* se pode falar hoje (Parte I)? Qual é a postura que o árbitro deve assumir frente a esse fenômeno, aqui incluídos os limites e as possibilidades de sua conjugação com o direito estatal (Parte II)?

I – VISÕES DA *LEX MERCATORIA*

Para responder à primeira questão, faz-se imprescindível revisitar as noções clássicas de *lex mercatoria* que fizeram escola, combinadas aos ideais de unificação que, da Europa, vez ou outra surgiram em doutrina brasileira (Capítulo 1). Daí, então, será possível passar à sua avaliação crítica, o que implicará – ainda que brevemente – tratar dos fundamentos jus-históricos que servem de base para essa imagem de um “medievo proximo futuro”¹³ (Capítulo 2).

NIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2010, v. 891, p. 65 e ss.

¹² Como detecta Alessandro Somma, ao descrever esse contexto como consequência de “cross-currents movements” e exemplo da transição que se opera da “universalização” para a “mundialização” – noutras palavras, da pretensão de homogeneização para a pretensão de difusão (SOMMA, Alessandro. Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Cidade do México: UNAM, 2006, n. 116, p. 565).

¹³ Para fazer-se uso da expressão de Paolo Grossi em trabalho que avalia justamente os fundamentos jus-históricos da visão de um direito medieval unificado e invocado como base para o presente (GROSSI, Paolo. *Unità giuridica europea: un Medioevo proximo futuro? Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero moderno*. Milano:

1. O SONHO DE UNIFICAÇÃO

Complementando um seminário proferido em Bloomington (Indiana, EUA) em outubro de 1984, Umberto Eco, alguns anos depois, chamava a atenção do leitor para um pernicioso *desvio* dos crescentes estudos medievalistas, que pareciam tratar a Idade Média “como um modelo para a Tradição tido, por definição, como sempre correto”¹⁴. Eco, então, proclamava que essa Idade Média, “forjada pelos Mercadores do Absoluto”, deveria ser desafiada pelos estudiosos “sob o padrão de uma Nova Crítica da Razão Impura”, pois o medievalismo não há de ser o “sonho da razão”, apanhada como modelo¹⁵. O pensador italiano tem sido citado por estudiosos que combatem o sonho de uma *lex mercatoria* uniforme e circulante, e que procuram desvelar também no direito o uso estratégico da imagem medieval como justificativa anciã para discursos recentes. Mas antes de se passar às críticas, lembre-se o que sustentam alguns desses “fantasy men”¹⁶.

As célebres lições de Berthold Goldman produzidas a partir das décadas de 1950 e 1960 estão na origem desse discurso. Conjugado à primeira abordagem que lhe deu Philippe Kahn¹⁷, Goldman inicia sua análise sobre a *lex mercatoria* no

Giuffrè, 2002, v. 31, p. 40 e ss.).

¹⁴ ECO, Umberto. ‘Dreaming of the Middle Ages’: An unpublished fragment. *Semiotica*. Amsterdam: Mouton de Gruyter, 1987, n. 63, p. 239.

¹⁵ Idem ibidem.

¹⁶ Tomando-se de empréstimo a mordaz denominação que atribui Douglas Osler aos defensores de um *ius commune* uniforme, unificador e circulante (OSLER, Douglas. The fantasy men. *Rechtsgeschichte*. Frankfurt: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2007, n. 10, pp. 179-192).

¹⁷ KAHN, Philippe. *La vente commerciale internationale*. Paris: Sirey, 1961, em especial p. 30, em que o autor aborda os “Incoterms” contratuais como “une espèce de rédaction sommaire de la coutume internationale en matière de vente. Entreprise par les professionnels eux-mêmes, elle a permis une certaine unification tout en restant sensible à l’évolution des idées puisqu’elle est remaniée des temps à autres. Le fait même que cette rédaction ait été possible témoigne d’une cohésion déjà avan-

perfunctório artigo “La Compagnie de Suez, société internationale”, publicado no jornal *Le Monde* em 4 de outubro de 1956. A manifestação do autor, voltada a afastar a tese de que a “Companhia do Canal de Suez” se submetia à soberania do Egito, concluía pela internacionalidade do órgão: “uma sociedade internacional, reportando-se diretamente à ordem jurídica internacional; conceito novo, certamente, ainda em gestação”¹⁸.

Assentado em argumentos históricos, o jurista francês percebeu-a nas sentenças arbitrais, que, aos seus olhos, refletiam “constante pesquisa” de um “direito transnacional”, “receptáculo dos princípios comuns aos direitos nacionais, mas também cadinho de regras específicas de direito internacional”¹⁹. A *lex mercatoria* seria uma revigoração do *ius gentium* dos romanos e do *ius mercatorum* dos medievais; um direito que “escapa à empresa do direito estatal”, e que é governado apenas “segundo normas de origem profissional”, “usos e costumes”, e “princípios que as sentenças arbitrais revelam”²⁰. Sua concepção definitiva, alterada sutilmente em escritos posteriores²¹, era de que a *lex mercatoria* possui todos os caracteres que são necessários a uma “ordem jurídica”, quais sejam, um “conjunto de regras”, um “órgão apto a aplicá-las” e uma origem “social”²². Por efeito das críticas, contudo, Goldman pas-

cée du monde international des affaires, cohésion d'autant plus forte que, par sa Cour d'arbitrage, la Chambre de Commerce Internationale peut juger de l'application des règles qu'elle a proposées”.

¹⁸ GOLDMAN, Berthold. *La Compagnie de Suez, société internationale*. *Le Monde*. Paris: [s.n.], 4 de outubro de 1956, p. 3.

¹⁹ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 1964, p. 177 e ss., recentemente republicado na *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, 2009, n. 22, p. 220.

²⁰ Idem, p. 212.

²¹ Como demonstra HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex Mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, [s.d.], p. 14.

²² GOLDMAN, Berthold. *L'arbitre, les conflits de lois et la lex mercatoria*. *Actes du 1er Colloque sur L'Arbitrage Commercial International. Proceedings of the 1st International Commercial Arbitration Conference*. Montreal: Wilson & Lafleur Itée, 1986, p. 127.

sou a sustentar que o fenômeno não constituía um sistema acabado, mas “em marcha”, ainda “incompleto” e “imperfeito”²³, mas tendente à estruturação.

Goldman não esteve sozinho em seu sonho. Clive Schmitthoff, outro ilustre jurista da época, passou a sustentar a existência de um “direito internacional dos negócios”, que lida com “a organização jurídica dos negócios internacionais tidos ao nível do direito privado”²⁴ e que se desenvolveu em três etapas: a primeira, a “Law Merchant” medieval; a segunda, de incorporação do direito mercatório aos ordenamentos nacionais; e a terceira – e contemporânea –, caracterizada por críticas à soberania e revigoração da internacionalização nos campos político, econômico e jurídico, com a emergência de uma nova *lex mercatoria*²⁵ – esta “um direito de caráter universal que, apesar de aplicada por autoridade da soberania nacional, tenta superar as peculiaridades dos direitos locais”²⁶. Ao contrário de Goldman, que assumia uma posição pessimista com relação ao Estado (sustentando que este produz a sufocação da *lex mercatoria*), Schmitthoff entendia que essa “terceira fase”, de afirmação de um direito transnacional, é a síntese dos dois momentos históricos anteriores, correspondentes, respectivamente, ao caleidoscópio de costumes do direito medieval e à sua consolidação e incorporação pelo Estado a partir do século XVII²⁷.

²³ GOLDMAN, Berthold. L’arbitre, les conflits de lois et la *lex mercatoria*. *Actes du 1er Colloque sur L’Arbitrage Commercial International. Proceedings of the 1st International Commercial Arbitration Conference*. Montreal: Wilson & Lafleur Itée, 1986, p. 128.

²⁴ SCHMITTHOFF, Clive. International business law: a new Law Merchant. In: CHENG, Chia-Jui (ed.). *Clive M. Schmitthoff’s Select Essays on International Trade Law*. London: Martinus Nijhoff, 1988, p. 21.

²⁵ Idem, pp. 21-22.

²⁶ Idem, p. 22. Noutro trecho: “We are beginning to rediscover the international character of commercial law and the circle now completes itself: the general trend of commercial law to a universal, international conception of the law of international trade” (idem, p. 27).

²⁷ Sobre isso, veja-se HATZIMIHAIL, Nikitas E. The many lives – and faces – of

Hoje se sabe que as elaborações de Berthold Goldman e Clive Schmitthoff são explicadas à luz de sua ambiência e das preocupações que nutriam para com a realidade com que tinham contato. Goldman tinha em vista afirmar a existência de um direito que fosse comum a países do hemisfério norte e do hemisfério sul, vez que envolvido em conflitos pós-coloniais entre empresas estrangeiras e Estados em que a aplicação do direito local poderia ser deveras prejudicial à contraparte (podendo-se destacar, em especial, as arbitragens tidas entre países árabes e as grandes companhias de petróleo)²⁸. Já Schmitthoff via a elaboração de uma *lex mercatoria* como ponte entre o leste e o oeste, dentro do quadro de Guerra Fria que particularmente o preocupava, daí admitindo um direito mais flexível, que tivesse o imaginário medieval como inspiração, de difícil sistematicidade e ordenação²⁹. Essas pretensões – tanto de Goldman quanto de Schmitthoff – refletiram nas elaborações teóricas e nas narrativas históricas que construíram, com seleção daquilo que o passado, ao ser reinterpretado, fornecia enquanto argumentos de autoridade e legitimação.

De qualquer sorte, são lições grandemente disseminadas, que constituíram as bases a partir das quais boa parte dos estudos posteriores sobre *lex mercatoria* se estruturou. É possível encontrar uma plêiade de respeitáveis juristas que partilharam desse sonho e cuja conspiciência é indisputada (ainda que o conceito ora examinado não o seja). Está entre eles Bruno Oppetit, para quem a *lex mercatoria* é um sistema jurídico “em devir”, um “corpo de regras aspirante à completude e à autonomia sob a forma de um verdadeiro sistema jurídico apropriado a reger as relações comerciais internacionais”³⁰. Essa é tam-

lex mercatoria: history as genealogy in international business law. Law and contemporary problems. Durham: Duke University School of Law, 2008, v. 71, pp. 177-180.

²⁸ Idem, p. 182.

²⁹ Idem, pp. 175-176.

³⁰ OPPETIT, Bruno. La notion de source du droit et le droit du commerce interna-

bém a percepção de Francesco Galgano, que prega uma visão de extremo otimismo ao compreender a *lex mercatoria* como “um novo direito universal”, um “sistema normativo por si bastante”³¹, “uniforme” e “espontâneo”, “administrado por colégios arbitrais internacionais”, destinado a “regular as relações contratuais dentro do mercado global”³². Por fim, apenas para ficar-se com mais um clássico exemplo, vale fazer menção ao entendimento de Klaus Peter Berger, para quem “a força jurisdicção da comunidade de comerciantes cresce por conta da consciência de abordagens razoáveis e soluções consensuais para os dinâmicos padrões e desafios da economia transnacional para além do âmbito dos direitos locais”³³. Aí repousaria, em verdade, a força da *lex mercatoria* atual: ela adquire qualidade normativa porque “os homens de negócios, os tribunais arbitrais e as agências a consideram justa e razoável”, a invocar o brocardo “*veritas non auctoritas facit legem*”³⁴.

Correram em paralelo a essas noções de *lex mercatoria*, quase sempre alimentando-as, os discursos de unificação europeia, tomando por base um sentido integracionista dos estudos de direito comparado (à diferença de outras épocas em que a comparação era vista como importante para contrastar³⁵).

tional. *Archives de philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1982, t. 27, p. 51.

³¹ GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Milano: Il Mulino, 2005, p. 9.

³² Idem, p. 34.

³³ BERGER, Klaus Peter. The new Law Merchant and the global market place. A 21st Century view of Transnational Commercial Law. In: BERGER, Klaus Peter (ed.). *The practice of transnational law*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp. 12-13.

³⁴ Idem, pp. 12-13.

³⁵ SCHLESINGER, Rudolf B. The past and future of comparative law. *The American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1995, n. 455, em especial pp. 477-479; SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamics approach to comparative law. *The American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1991, v. 39, n. 1, pp. 1-34, e n. 2, pp. 343-401. Aprofundando o exame dessa contingência, mormente como contributivo à estruturação das categorias de “famílias jurídicas”, veja-se PAR-GENDLER, Mariana. The rise and decline of legal families. *American Journal of*

Quanto ao arcabouço teórico desses discursos, vê-se a defesa de uma uniformidade precedente na história do direito europeu, em que o direito romano é (mais uma vez) invocado não apenas como prova, mas também enquanto fundamento vivo dessa unidade. É o que se nota em autores como Reinhard Zimmermann, a tratar o direito romano e o *ius commune* como base dos “mais essenciais fundamentos da tradição civilista”³⁶ e “ainda hoje força unificadora de grande potencial”³⁷. Esse ideal de um *ius commune europaeum* é criticado acerbamente por alguns estudiosos, tanto por razões históricas quanto por fatores ideológicos (ambos imbricados, na medida em que aquelas são utilizadas como estratégia para justificar estes)³⁸.

Quanto à atitude prática desses discursos, tem-se notado, nas últimas décadas, uma profusão de “leis uniformes”³⁹ no contexto europeu voltadas para a unificação jurídica daquilo que se deseja conjugado politicamente, valendo mencionar, como exemplos mais solares, o caso dos “Princípios Europeus de Direito Contratual” (1999) e dos “Princípios UNIDROIT

Comparative Law. Michigan: The American Society of Comparative Law, 2012, v. 60, n. 4, p. 1072.

³⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. ix.

³⁷ Idem, p. xi.

³⁸ Veja-se as considerações de: LEGRAND, Pierre. European legal systems are not converging. *International and Comparative Law Quarterly*. London: British Institute of International and Comparative Law, 1996, v. 52, pp. 52-81; MATTEI, Ugo. The issue of European civil codification and legal scholarship: biases, strategies and developments. *Hastings International and Comparative Law Review*. San Francisco: UC Hastings College of the Law, 1998, pp. 884-886; MONATERI, Pier Giuseppe. Black Gaius: a quest for the multicultural origins of the “Western Legal Tradition”. *Hastings Law Journal*. San Francisco: UC Hastings College of the Law, 1999, v. 50, pp. 9-10; OSLER, Douglas. The fantasy men. *Rechtsgeschichte*. Frankfurt: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2007, n. 10, pp. 179-192.

³⁹ Que, apesar do nome (“leis uniformes”), constituem o chamado *soft law*, fenômeno desprovido da coercitividade que as leis estatais possuem, mas que ainda assim não se despem de juridicidade (TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997, pp. 17-20).

Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais” (1994, 2004, 2010), bem como alguns projetos em andamento mas ainda não consolidados, como a tentativa de um “Código Civil Europeu”, já apresentada enquanto esboço para a regulação do direito contratual (“Draft Common Frame of Reference – DCFR”, de 2009⁴⁰). O argumento justificador dessas “leis uniformes” é o de que um “direito unificado” facilita os negócios internacionais, reduzindo riscos e “promovendo maior previsibilidade e segurança”⁴¹. Essa intenção, no cenário europeu, revigora a “forma-Código” como mito de democracia e consolidação⁴², discurso político, porém, que é criticado por não ancorar-se numa “comunidade de direitos”, isto é, na efetiva coincidência e uniformidade entre os ordenamentos locais, e na detecção de um “direito contratual europeu” de fato existente⁴³.

⁴⁰ VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans; et alii (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law*. Dissen: Sellier. European Law Publishers, 2009, disponível em http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf, acesso em 13/08/2014.

⁴¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law* (trad. Tony Weir). 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 25.

⁴² Tomando-se de empréstimo a expressão lapidada por CAPPELLINI, Paolo. Napoleone in Brasile? Tempo del codice e utopia. In: MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck (orgs.). *Código: dimensão histórica e desafio contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paolo Grossi*. Porto Alegre: SAFE, 2013, pp. 64-69.

⁴³ MATTEI, Ugo. The issue of European civil codification and legal scholarship: biases, strategies and developments. *Hastings International and Comparative Law Review*. San Francisco: UC Hastings College of the Law, 1998, p. 899. E o autor completa, não se furtando de firmar seu posicionamento: “First, nobody knows what is already common in Europe today, despite talk of a common history and the common period of the jus commune. (...) Second, it may be that, after undertaking serious common core research, it turns out that there simply is no common core to codify or restate in some areas of the law” (MATTEI, Ugo. The issue of European civil codification and legal scholarship: biases, strategies and developments. *Hastings International and Comparative Law Review*. San Francisco: UC Hastings College of the Law, 1998, pp. 900-901).

Esse contundente discurso, mormente pela autoridade das vozes que o proferiram, findou por ressoar na doutrina brasileira, ainda que em ecos isolados e sem a necessidade do aprofundamento que o contexto europeu exigia. Vale destacar, apenas como exemplos pretéritos (e até mesmo anteriores às visões mais recentes de unificação europeia, mas ancorados nas percepções do início do século que pregavam a possibilidade de um “direito mundial”), o texto clássico de João Monteiro, em que seu autor pregava que a “irresistível futura unificação do direito universal” era tendência correspondente à “própria lei do progresso” e “escopo de toda atividade humana”⁴⁴; as célebres lições de Cândido Luiz Maria de Oliveira, que sustentava ser intrínseco à atividade do comparador caminhar “para a unidade, mostrando que, em todos os tempos, sob todos os climas, em todas as legislações, existem normas dominadoras, principios universaes”⁴⁵, não se podendo, porém – segundo este jurista –, tomar tendência por objetivo⁴⁶; e os textos de Ilmar Penna Marinho e de Oscar Martins Gomes, que pregavam de forma mais contundente a intenção de unificação (“o direito comparado só consegue completar seu ciclo cosmico quando atinge a unificação”⁴⁷) e a adoção de um “princípio da imita-

⁴⁴ MONTEIRO, João. Da futura universalização do direito. In: MONTEIRO, João. *Universalização do Direito; Cosmopolis do Direito; Unidade do Direito*. São Paulo: Typographia Duprat & Comp., 1906, pp. 31-32.

⁴⁵ OLIVEIRA, Cândido Luiz Maria de. *Curso de Legislação Comparada*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, editor, 1903, p. 4.

⁴⁶ “Um direito universal, como uma lingua commum á toda a humanidade, é utopia generosa, o devaneio do espirito fascinado por miragem encantadora. Uma *Cosmopolis* do Direito será um sonho, como a *Republica*, de Plantão, ou como a *Cidade do Sol*, de Campanella” (idem, p. 5).

⁴⁷ MARINHO, Ilmar Penna. *Direito comparado, direito internacional privado, direito uniforme: suas relações nos conflitos interespaiais das leis*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Editor, 1938, p. 149. E antes arrematara: “Ora, se a finalidade postrema e altiloqua do direito comparado é ensejar o aparecimento de um direito comum da humanidade, os elementos predisponentes desse direito não devem ser encarados como coordenados, mas sim como subordinados, pois que se sucedem numa gradação quasi cronologica e hierarquica. É, destarte, a sequencia “observação das leis – comparação das leis – unificação legislativa”, que tem como desfecho

ção”, a sugerir aos países menos desenvolvidos que se abeberem na “experiência adquirida pelos países altamente civilizados” para a construção de seus ordenamentos⁴⁸.

Nesse ribombar, são também significativas – até porque mais recentes – as considerações de Irineu Strenger, alinhadas ao pensamento da “Escola de Dijon”. O jurista brasileiro entendia a *lex mercatoria* como a “superação” encontrada pelos contratantes “dos obstáculos provenientes das soluções submetidas aos sistemas nacionais de leis”, a emancipar “os contratos das ordens jurídicas nacionais” e submetê-los às suas disposições mais libertas e adequadas ao âmbito internacional⁴⁹. Sob essa visão, portanto, a *lex mercatoria* constitui-se em sistema tendente a substituir paulatinamente as regras nacionais por serem mais aderentes às práticas comerciais internacionais.

2. A REALIDADE DA PLURALIDADE

Mas esse sonho de um direito unificado, que via no presente um reflexo do passado medieval, aos poucos revelou-se (propositalmente) distorcido, não demonstrando correspondência nem à visão de passado que se buscava e nem aos dados de presente que se verificam. A desconstrução dessa imagem teve início com certos estudos de história do direito, que passaram a desmascarar a utilização indevida do argumento histórico como estratégia para a apositão de um *pedigree* às teses sobre direito

consequencial o direito comum da humanidade, o direito uniforme, o direito comparado, compreendido na sua verdadeira acepção” (idem, p. 147).

⁴⁸ GOMES, Oscar Martins. Le droit compare et l’unification du droit privé des pays latins. In: *Le Droit Comparé et l’Unification du Droit Privé des Pays Latins e outros estudos (em português)*. Paraná: Imprensa da Universidade do Paraná, 1962, p. 1. Tanto por isso, para Gomes, o direito comparado deve ser visto “como meio de pesquisa das matérias suscetíveis de serem unificadas sob o panorama internacional” (idem *ibidem*).

⁴⁹ STRENGER, Irineu. A arbitragem como modo de inserção de normas da *Lex Mercatoria* na ordem estatal. *Revista brasileira de arbitragem*. Porto Alegre: Síntese, 2004, n. 3, p. 13.

transnacional⁵⁰, desvelando: que a expressão “*lex mercatoria*”, ao menos até o século XVII, conotava privilégios *processuais* concedidos aos comerciantes, sem traços de que designasse um direito substancial dos mercadores ou que estivesse espreado na experiência jurídica de outros povos⁵¹; e que não se poderia falar de um “direito uniforme internacional” durante a Idade Média⁵², podendo-se, no máximo, identificar vários “*iura mer-*

⁵⁰ “The evocation of a *lex mercatoria* genealogy can be more powerful than the present-day concept itself, as it invites less controversy among doctrinal lawyers in the mainstream discourse. “History” adds to the symbolic capital of *lex mercatoria* and confers on it (and stakeholders) a venerable pedigree. It also provides a blueprint for the future, as the modern *lex mercatoria* is presented in the genealogical narratives as either the reincarnation (rebirth) of the ancient law merchant or as the result of its evolution” (HATZIMIHAİL, Nikitas E. The many lives – and faces – of *lex mercatoria*: history as genealogy in international business law. *Law and contemporary problems*. Durham: Duke University School of Law, 2008, v. 71, p. 173).

⁵¹ Como narram historiadores do direito, a expressão aparece pela primeira vez em 1280 no “Little Red Book” da cidade de Bristol e depois em 1622 no livro de Gerard Malynes (“Lex Mercatoria and the Ancient Law Merchant”), ambas no contexto do direito inglês e voltadas a designar “vantagens e privilégios concedidos aos comerciantes no terreno do contencioso cível” (CORDES, Albrecht. The search for a medieval *Lex mercatoria*. *Oxford University Comparative Law Forum*. Oxford: Oxford University, 2003, disponível em <http://ouclf.iuscomp.org>, acesso em 02 de março de 2014).

⁵² FOSTER, Nicholas H. D. Foundation myth as legal formant: the medieval law Merchant and the new *lex mercatoria*. *Forum historiae iuris*, 2005, março, disponível em <http://www.forhistiur.de/zitat/0503foster.htm>, acesso em 03 de março de 2014; KADENS, Emily. The myth of the customary law merchant. *Texas Law Review*. Austin: University of Texas School of Law, 2012, v. 90, pp. 1153-1206; KADENS, Emily; YOUNG, Ernest A. How customary law is customary international law? *William & Mary Law Review*. Williamsburg: William & Mary School of Law, 2013, v. 54, pp. 885-920; MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the State. *Indiana Journal of Global Law Studies*. [s.l.]: [s.n.], 2007, n. 14:2, pp. 447-468; MICHAELS, Ralf. Legal medievalism in *lex mercatoria* scholarship. *Texas Law Review*. Austin: University of Texas School of Law, 2012, v. 90, pp. 259-268; MICHAELS, Ralf. Dreaming law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature. *London Review of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, v. 1, pp. 35-62; SACHS, Stephen E. From St. Ives to cyberspace: the modern distortion of the medieval ‘law merchant’. *American University International Law Review*. Washington D. C.: Washington College of Law, 2006, v. 21, pp. 685-812.

catorum”⁵³, isto é, manifestações esparsas, excepcionais e pontuais, mistura entre regulamentos locais e privilégios mercantis, estatutos públicos e modelos de contratos⁵⁴. Nunca, porém, um direito transnacional consolidado, uniforme e circulante. Nada obstante essas considerações, o direito medieval mal interpretado segue sendo invocado como um “carimbo histórico” de legitimidade e um modelo para o presente, fazendo ecoar os excessos que Umberto Eco denunciava já no início da década de 80⁵⁵.

⁵³ FOSTER, Nicholas H. D. Foundation myth as legal formant: the medieval law Merchant and the new *lex mercatoria*. *Forum historiae iuris*, 2005, março, disponível em <http://www.forhisiur.de/zitat/0503foster.htm>, acesso em 03 de março de 2014; KADENS, Emily. The myth of the customary law merchant. *Texas Law Review*. Austin: University of Texas School of Law, 2012, v. 90, pp. 1180-1181; KADENS, Emily. The myth of the customary law merchant. *Texas Law Review*. Austin: University of Texas School of Law, 2012, v. 90, pp. 1182 e 1200.

⁵⁴ MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the State. *Indiana Journal of Global Law Studies*. [s.l.]: [s.n.], 2007, n. 14:2, p. 454; MICHAELS, Ralf. Dreaming law without a state: scholarship on autonomous international arbitration as utopian literature. *London Review of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, v. 1, p. 41.

⁵⁵ ECO, Umberto. ‘Dreaming of the Middle Ages’: An unpublished fragment. *Semiotica*. Amsterdam: Mouton de Gruyter, 1987, n. 63, p. 239. Excessos, esses – diga-se de passagem –, já intuídos por John S. Ewart em 1903: “As against this I contend that there was no body of Law Merchant before Mansfield; that prior to that time there was nothing but a heterogeneous lot of loose undigested customs, which it is impossible to dignify with the name of a body of law; that Mansfield (principally) formulated, developed and declared what is called the Law Merchant, and that its rules are not trace-able to any foreign or extraneous body of laws” (EWART, John S. What is the law merchant? *Columbia Law Review*. New York: Columbia Law School, 1903, v. 3, n. 3, p. 138). A percepção da *lex mercatoria* medieval como antecessora e modelo para o direito transnacional atual, porém, transformou-se em verdadeiro “lugar-comum”, repetido quase que impensadamente. Essa incrustação deu-se (e ainda se dá) por quatro principais motivos, como resume Nicholas Foster: por conta de poucos dos comercialistas que escreveram sobre *lex mercatoria* terem aprofundamento histórico; porque a repetição transformou em verdade um dado insubsistente; porque essa visão equivocada é conveniente sob o ponto de vista ideológico; e por ter-se criado, de fato, um “mito fundante”, a distorcer o passado para que ele se enquadre na moldura do presente (FOSTER, Nicholas H. D. Foundation myth as legal formant: the medieval law Merchant and the new *lex mercatoria*. *Forum historiae iuris*, 2005, março, disponível em <http://www.forhisiur.de/zitat/0503foster.htm>, acesso em 03 de março de 2014). O

Em consonância a esse revisionismo histórico – e passando, então, da desconstrução da “visão de passado” para a desconstrução da “visão de presente” –, percebe-se hoje a existência de uma *lex mercatoria* desordenada, variável e de conteúdo normativo frágil, sem enucleação, mas constituída por conjuntos de regras episódicos e periféricos. Daí que se fale, muitas vezes, na profusão de *leges* (*lex petrolea*, *lex informatica*, *lex sportiva*, *lex electronica*); daí que se tenha a sobreposição de leis uniformes tratando de aspectos coincidentes (“Princípios UNIDROIT”, “Princípios Europeus de Direito Contratual”, “Convenção de Viena para a Compra e Venda de Mercadorias”, etc.); daí que se perceba uma variedade de cláusulas-modelo, de contratos-padrão⁵⁶, de regras processuais arbitrais, de precedentes arbitrais esporadicamente publicados⁵⁷, e cujo conteúdo, não raro, reflete certas diretrizes a depender da instituição a que se vinculam seus árbitros.

Nesse viés, então, é possível encontrar autores que revisam criticamente o conceito de *lex mercatoria*, fazendo-o não no sentido de negar sua existência, e sim com vistas a restabelecer seus parâmetros, detectando-a não como um sistema acabado e ordenado, mas como um fenômeno plúrimo, indefinido e em marcha. Fique-se com duas dessas elaborações, ainda que

mito, ainda hoje, é tão forte e tão presente que os trabalhos de história do direito que o desconstroem, na maior parte das vezes, são simplesmente ignorados.

⁵⁶ A exemplo dos “Contratos FIDIC” (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*), conhecidos como “Rainbow Suite” – por estarem representados por cores: o “New Red Book”, o “New Yellow Book”, “Silver Book”, o “Green Book”, o “Gold Book” e o “Pink Book” –, hoje modelos correntes para o âmbito da construção civil (KULESZA, Gustavo Santos; AUN, Daniel. Contratos FIDIC. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (orgs.). *Construção civil e direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, pp. 175-210).

⁵⁷ Nem se poderia falar de uma *lex mercatoria* a nascer da prática arbitral, tendo em vista que a confidencialidade da maior parte das arbitragens impede a sedimentação de um sistema coeso de direito transnacional e obstaculiza a propagação e evolução de suas normas (MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the State. *Indiana Journal of Global Law Studies*. [s.l.]: [s.n.], 2007, n. 14:2, p. 456).

haja outras também de destaque e importância⁵⁸: as de Lord Justice Mustill e Gunther Teubner.

As conhecidas críticas de Lord Justice Mustill resumem alguns problemas que uma noção de *lex mercatoria* acabada, ordenada e sistemática suscita. É possível sumarizar seu posicionamento a partir das seguintes observações: não se pode sustentar a pura anacionalidade, ou transnacionalidade, da *lex mercatoria*, pois o julgador, em geral, utiliza-a para complementar ou suprir uma ordem jurídica estatal determinada⁵⁹; e é insuficiente aludir que o fenômeno é composto por princípios gerais e usos do comércio, haja vista a grande variabilidade de conceitos que eles podem apresentar de país para país⁶⁰. Mustill conclui pelo estado incipiente de suas bases teóricas, pela ausência de uma compreensão unívoca de sua composição e do inexistente sistema que seus primeiros teorizadores sustentavam. Bem questiona Paul Freeman, na linha de Mustill: “a *lex mercatoria* oferece à comunidade internacional um rol de normas suficientemente acessível e determinado de modo a permitir o eficiente desenvolvimento das transações?” E logo a seguir responde: “Com esses termos, provavelmente não. Entretanto, em termos de um corpo de princípios em evolução (os *principia mercatoria* antes do que *lex mercatoria*) há, sim, algo de benéfico disponível aos árbitros e homens de negócios”⁶¹.

⁵⁸ Apenas como exemplos: COOTER, Robert. Structural adjudication and the new law merchant: a model of decentralized law. *International review of law and economics*. [s.l.]: Elsevier, 1994, pp. 215-231, entre aqueles que usam os parâmetros de “law and economics” para analisar o fenômeno; e JUENGER, Friedrich K. The *lex mercatoria* and private international law. *Louisiana Law Review*. Baton Rouge: Louisiana State University, 2000, v. 60, pp. 1133-1350, entre aqueles que abordam o tema sob uma luz jusnaturalista.

⁵⁹ MUSTILL, Lord Justice. The new *lex mercatoria*: the first twenty-five years. *Arbitration international*. [s.l.]: [s.n.], 1988, v. 4, n. 2, pp. 88-89.

⁶⁰ Idem, pp. 92-96.

⁶¹ FREEMAN, Paul. *Lex mercatoria*: a legal basis for the resolution of international disputes. In: ZYLVA, Martin Odams de; HARRISON, Reziya (orgs.). *International commercial arbitration*: developing rules for the new millenium. London: Jordans, 2000, p. 136.

Nesse quadro de considerações críticas, vale destacar o que tem sustentado Gunther Teubner⁶², para quem a *lex mercatoria* é um fenômeno extra-estatal e transnacional, mas desordenado, variável, fruto de um “pluralismo jurídico” que brota da periferia; um direito “cujo centro é criado pelas periferias e que mantém-se dependente delas”⁶³. Ao falar de “periferias”, Teubner o faz para situar o terreno extra-estatal de que brota essa autorregulação (entidades privadas, tribunais arbitrais, contratos-modelos), a que se atribui o nome de *lex mercatoria*, contrapondo-as – as “periferias” – aos “centros” costumeiramente “produtores de normas jurídicas” (os parlamentos nacionais, as instituições legiferantes internacionais, os acordos intergovernamentais)⁶⁴. Sob essa visão, o fenômeno apresenta basicamente três características: um atrelamento estrutural indissociável aos processos econômicos globais, sendo, por isso, um direito que “cresce e muda” conforme as exigências dessa realidade⁶⁵; seu caráter episódico, de frágeis conexões, supridas por associações privadas responsáveis pela redação de “contra-

⁶² TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997, pp. 3-28; TEUBNER, Gunther. Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society? In: LADEUR, K.-H. (ed.). *Public governance in the age of globalization*. Aldershot: Ashgate, 2004, pp. 71-87; TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of *lex mercatoria*. *European Journal of Social Theory*. Thousand Oaks: Sage Publications, 2002, pp. 199-217. No Brasil, inspira-se em Teubner a obra de MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

⁶³ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 10.

⁶⁴ TEUBNER, Gunther. Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society? In: LADEUR, K.-H. (ed.). *Public governance in the age of globalization*. Aldershot: Ashgate, 2004, pp. 71-74.

⁶⁵ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global law without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997, pp. 16-17.

tos-modelo” e pela condução de arbitragens⁶⁶; e com conteúdo normativo indeterminado, constituído, no mais das vezes, por “princípios alargados que modificam sua feição em sua aplicação caso a caso”⁶⁷.

É essencial para uma correta compreensão da visão de Teubner considerar que a *lex mercatoria* não deixa de ser “direito” apenas porque dispensa a presença de *sanção*. A sanção é apenas “um dentre os tantos sustentáculos simbólicos da normatividade”⁶⁸, e sua ausência, por isso, não descaracteriza a *lex mercatoria*. Pelo contrário, é a falta coercitividade um de seus aspectos mais característicos e importantes, pois responsável por desprendê-la das correntes estatais e torná-la independente dos esquemas tradicionais. Por isso que Teubner a considera “mais como um direito de valores e princípios do que um direito de estruturas e regras”⁶⁹, o que não retira a sua força: por ser *soft law*, a *lex mercatoria* não se torna um “direito fraco”, mas resistente a mudanças e adaptável a tentativas de unificação⁷⁰.

Ampliando as contribuições para esse viés crítico, diga-se ser igualmente ilusório pensar numa *lex mercatoria* anacional e independente do direito estatal. Em verdade, ela não nasce no vácuo, mas é gestada e desenvolvida por experiências jurídicas localizadas, alimentada por elas. Daí por que a expressão a mais bem designar esse fenômeno seja “direito *transnacional*”, uma normativa do comércio que *transcende* os limites do Estado, mas que replica suas estruturas, suas funções e sua substância⁷¹. Exemplo disso são os “Princípios UNIDROIT”, que, apesar de suas pretensões transnacionais, foram

⁶⁶ Idem, pp. 18-20.

⁶⁷ Idem, p. 17.

⁶⁸ Idem, p. 11.

⁶⁹ Idem, pp. 18-19.

⁷⁰ Idem ibidem.

⁷¹ MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the State. *Indiana Journal of Global Law Studies*. [s.l.]: [s.n.], 2007, n. 14:2, pp. 465-466.

constituídos pela combinação de modelos jurídicos trazidos de diferentes ordenamentos. Basta apanhar-se como amostra a regulação do *hardship* neles encontrada, inspirada em experiências jurídicas específicas⁷², e que não representa o “lugar-comum” a respeito do tema. Pelo contrário, tenha-se em mente que ele dista frontalmente de países como a França e a Espanha (isto é, do que seus ordenamentos estabelecem como modelos jurídicos para situações de desequilíbrio contratual superveniente⁷³); e em relação a outras nações – como é o caso do próprio Brasil –, apresenta diferenças que, apesar de sutis, são capazes de gerar repercussões importantes.

Por fim, é importante referir que essa ilusão de uma *lex mercatoria* independente e circulante escamoteia, muitas vezes, a interferência proeminente de certos ordenamentos jurídicos sobre outros, como decorrência de circunstâncias extrajurídicas de natureza política e/ou econômica. É o que se tem hoje com relação ao direito norte-americano, em crescente interferência e domínio pelas mais diversas vias – desde a formação dos estudantes, que acorrem a universidades norte-americanas para o complemento de seus estudos⁷⁴, até a disseminação de suas figuras contratuais *sui generis* (como o *leasing*, o *factoring*, o *franchising*, o recente *built-to-suit*, etc.)⁷⁵. Aqui a razão de al-

⁷² Há nítida aderência ao modelo jurídico da *eccessiva onerosità sopravvenuta*, presente no Código Civil italiano nos arts. 1.467 a 1.469 (decorrente da famosa elaboração de Emilio Betti), havendo, até, quem relacione as origens do *hardship* nos “Princípios UNIDROIT” ao direito chinês e ao direito alemão (assim, GALGANO, Francesco. *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*. In: SCALISI, Vincenzo (org.). *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 553).

⁷³ Assim, ALMEIDA PRADO, Maurício. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. *Revue internationale de droit comparé*. Paris: Société de Législation Comparée, 2010, n. 4, pp. 863-894, relatando as recentes tentativas, ainda irrealizadas, de Espanha e França visando à alteração da legislação atinente ao desequilíbrio contratual superveniente.

⁷⁴ WIEGAND, Wolfgang. *The reception of American Law in Europe*. *The American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1991, v. 39, pp. 232-234.

⁷⁵ *Idem*, pp. 236-238.

guns autores traçarem um paralelo – não sem certo anacronismo histórico – entre a recepção do direito estadunidense ao *ius commune* medieval, não no que refere a uma eventual uniformização do direito em si, mas na fixação de uma formação educacional comum e certas práticas contratuais coincidentes⁷⁶.

Alinhados com as percepções críticas e revisionistas pontuadas acima, é possível encontrar também no Brasil posicionamentos mais amenos, valendo destacar, como exemplos, as lições de Hermes Marcelo Huck⁷⁷ e José Alexandre Tavares Guerreiro⁷⁸, e um muito recente influxo das percepções de Gunther Teubner sobre a matéria, especialmente pela pena de Rodrigo Octávio Broglia Mendes⁷⁹.

Por fim, repercutindo esse viés crítico com relação à *lex mercatoria*, há estudos de direito comparado que, mesmo buscando, de certo modo, um intento de agregação, assumem postura mais amena (se cotejada aos posicionamentos vistos no Capítulo 1), procurando uma integração “por dentro”, isto é, a partir de estudos de doutrina que, focados nos contrastes existentes nos ordenamentos jurídicos de diferentes países, descubram dados que se repetem – um “núcleo comum” (*common core*), para fazer-se uso da denominação adotado pelo conhecido movimento de Trento⁸⁰. Trata-se de postura em contraste

⁷⁶ Idem, p. 246.

⁷⁷ Valendo destacar a concordância de Hermes Marcelo Huck com o recuo tardio de Berthold Goldman, um “claro indício de que a *lex mercatoria* não logrou atingir a condição de um direito transnacional, autônomo e positivado” (HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 115).

⁷⁸ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 83-114.

⁷⁹ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, prefaciado por Teubner.

⁸⁰ Fala-se aqui dos estudos capitaneados por Ugo Mattei e Mauro Bussani, que se assumem herdeiros do “Cornell Project” de Rudolf B. Schlesinger e das teorias dos “formantes jurídicos” de Rodolfo Sacco. Para uma suma do projeto, seus objetivos, suas raízes e sua organização, veja-se BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. The common core approach to European Private Law. *The Columbia Journal of Europe-*

com a anterior, a pressupor que as diferenças entre os ordenamentos existem e são um “patrimônio do direito”. “Comparar significa observar e explicar similaridades tanto quanto diferenças”⁸¹.

Surpreender um núcleo que seja comum passa a ser incidental, constituindo, ele próprio, objeto de dúvida, mas sem que isso represente um “preservacionismo” da variedade. A busca por um “núcleo comum”, a construção paulatina e lenta de uma “cultura jurídica europeia uniforme” (e não de uma “legislação uniforme”) e a “descrição” (e não a prescrição) são seus objetivos simbióticos, sem, contudo, que se tenha de forçar por uma uniformização⁸². Esta será decorrência do “maior conhecimento” que se tenha sobre os ordenamentos jurídicos: quanto “maior o conhecimento, maior a integração”, e mais possível será forjar uma comunidade interpretativa mais ou menos homogênea⁸³. Estas são algumas das diferenças profundas entre a postura do movimento de Trento e as tendências codificatórias dos “Princípios Europeus de Direito Contratual” e dos “Princípios UNIDROIT”, dentre outros movimentos em

an Law. New York: Columbia Law School, 1997-98, v. 3, n. 3, pp. 339-356.

⁸¹ SCHLESINGER, Rudolf B. The past and future of comparative law. *American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1995, v. 43, p. 477.

⁸² “We do not wish to force the actual diverse reality of the law within one single map to attain uniformity. Building on the analogy, we are not drafting a city plan for something that will develop in the future and that we wish to affect. This project seeks only to analyze the present complex situation in a reliable way. While we believe that cultural diversity in the law is an asset, we do not wish to take a preservationist approach. Nor do we wish to push in the direction of uniformity” (BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. The common core approach to European Private Law. *The Columbia Journal of European Law*. New York: Columbia Law School, 1997-98, v. 3, n. 3, pp. 341-342).

⁸³ BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. The common core approach to European Private Law. *The Columbia Journal of European Law*. New York: Columbia Law School, 1997-98, v. 3, n. 3, pp. 347 e 351. No mesmo sentido, desafiando as tentativas de unificação tidas nos Estados Unidos durante os últimos dois séculos, veja-se ROSETT, Arthur. Unification, harmonization, restatement, codification, and reform in international commercial law. *The American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1992, n. 40, p. 697.

curso⁸⁴.

Para não se descuidar da doutrina nacional, ainda que pontual sobre a matéria, são dignas de registro – porque na linha do pensamento de Trento – os recentes estudos de Véra Maria Jacob de Fradera, para quem o “movimento dialético entre as duas esferas, a supranacional em relação à nacional, e a nacional em relação à supranacional”, cria, como produto, um “*novo direito*, elaborado exclusivamente pela utilização do direito comparado”⁸⁵. Noutras palavras, há uma circularidade entre direito nacional e direito transnacional, haja vista que o primeiro fornece subsídios para a formação do segundo – por aplicação da comparação jurídica –, que, por sua vez, para realizar a finalidade da *communitas*, passa a modular e conformar o direito nacional⁸⁶. A autora não defende, então, uma unificação “de cima para baixo”, tendo em vista os riscos de sua defasagem, mas uma permanente interação do direito comparado para surpreender “pontos de identidade” entre as sociedades, “apesar de suas diferenças culturais e históricas”, sendo “bem possível que sejam elas regidas, em certos aspectos, por um mesmo direito”⁸⁷.

De todo esse revisionismo, nota-se considerável amenização na visão que se tinha da *lex mercatoria* e da intenção de integração, a recomendar a adoção de cautelosa postura para com os posicionamentos que imputam ao árbitro uma função de unificação do direito sob o véu da transnacionalidade. A um, porque mesmo na ambiência em que produzida essa miríade de leis uniformes tem-se notado contundentes críticas ao ideal unificador, críticas que se exponenciam num contexto ainda

⁸⁴ BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. The common core approach to European Private Law. *The Columbia Journal of European Law*. New York: Columbia Law School, 1997-98, v. 3, n. 3, pp. 347-348.

⁸⁵ FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pp. xxii e xxxvi.

⁸⁶ Idem, p. 358.

⁸⁷ Idem, p. 359.

mais *sui generis* como o da América Latina, em que sequer o intento de unificação local foi levado a cabo (e que, também por isso, geram certa artificialidade para a pretensão de produzir essa unificação a partir de leis uniformes produzidas noutro contexto). E a dois, porque o mérito dessas críticas demonstra que uma pretensa unificação, quando vertida para o ofício arbitral, acaba por ser instrumento de vilipêndio e atropelo do direito local, haja vista dar força à pretensão de modelagem e modificação das regras locais, e servir de fôrma para que as tornem aderentes ou semelhantes.

Não se quer com isso sugerir a inutilidade das fontes de *lex mercatoria*, mas pontuar que elas não plasmam um “direito universal”, ao contrário do que, por vezes, se prega (ou se subentende). Ainda que úteis ao comércio internacional e à resolução de litígios – tendo em vista que muitas delas são setoriais, aderentes, portanto, às peculiaridades de certas transações –, regras como as dos “Princípios Europeus de Direito Contratual” e dos “Princípios UNIDROIT” não podem ser lidas como o “lugar-comum” dos ordenamentos europeus (ou mesmo extraeuropeus), mas decorrentes, elas próprias, de transplantações, do entretecimento de retalhos de legislações e soluções doutrinárias *situadas*. Trata-se de visão que, a toda evidência, gera repercussões importantes ao ofício do árbitro, pois fontes insuscetíveis de serem interpretadas como superiores ao direito estatal, ou moduladoras deste, merecendo, portanto, leitura tal qual fossem normas jurídicas estrangeiras, tudo com o fito de evitar o vilipêndio do direito estatal escolhido via transplantação irrefletida.

Estabelecido, portanto, de qual *lex mercatoria* se pode falar hoje e a parcimônia com que se deve abordar o intento unificador, resta tratar do ofício arbitral quando maneja essas normas transnacionais, e de alguns dos paradoxos que esse manejo é capaz de gerar.

II – VISÕES DO OFÍCIO ARBITRAL

É bem verdade que a desconstrução do sonho de uma *lex mercatoria* uniforme e circulante já contribui substancialmente para limitar o perigoso “ativismo arbitral”, afastando a visão de um árbitro que deva ser instrumento de unificação e promoção desse ficcionado “ordenamento jurídico transnacional”⁸⁸. Resta, porém, lidar com o discurso favorável às chamadas “transplantações jurídicas”, que, sob outro viés, também poderia justificar uma desmedida *ars combinatoria* do árbitro (Capítulo 1). Estabelecidos, então, os limites teóricos dessa percepção, findar-se-á por tratar das possibilidades que, sob o ponto de vista prático, apresentam-se na conjugação entre direito nacional e *lex mercatoria* (Capítulo 2).

1. O SONHO DAS TRANSPLANTAÇÕES

Não há como negar que o árbitro dispõe de uma maior pluralidade de fontes jurídicas em seu horizonte, circunstância que não é normativa, mas da própria cultura da arbitragem internacional⁸⁹. De fato, é-lhe comumente necessário trabalhar

⁸⁸ Bem adverte Alessandro Somma que, antes de elaborar novas teorias, a desconstrução desses discursos dá-se “alimentando la consapevolezza, da un lato, che l’elaborazione di schemi costituisce una narrazione, esattamente come la ricostruzione dei fenomeni operata per il loro tramite e, dall’altro, che l’autore di simili schemi, esattamente come chi li applica, rischia altrimenti di perpetuare il suo ruolo di complice del despota chiamato a dare sistema a volontà arbitrarie e incoerenti” (SOMMA, Alessandro. Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Cidade do México: UNAM, 2006, n. 116, p. 569).

⁸⁹ Bruno Oppetit já apontava que o campo do da arbitragem e do comércio internacional se presta a reflexões sobre as fontes do direito e para a percepção de sua pluralidade (OPPEDIT, Bruno. La notion de source du droit et le droit du commerce international. *Archives de philosophie du droit*. Paris: Sirey, 1982, t. 27, p. 43). Também FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 220, destacando a utilização crescente da *lex mercatoria* haja vista a “impotência do Estado em dominar a complexidade das relações econômicas, devido

com ordenamentos jurídicos alheios à sua própria origem, e noutras tantas vezes lhe é conferido manejar apenas o direito transnacional para a resolução dos litígios. Essas vicissitudes do labor arbitral trazem consigo dois problemas que se imbricam à comparação jurídica e aos excessos de um “ativismo arbitral”: o primeiro, a conjugação entre direito nacional e direito transnacional, a suscitar as possibilidades e os limites das transplantações, que, se empregadas livremente, determinariam o esgarçamento dos laços estabelecidos pela autonomia privada na escolha do direito aplicável; e o segundo, a problemática da linguagem, tendo em vista a variação semântica que palavras semelhantes assumem em diferentes ordenamentos jurídicos.

Fique-se por ora com a primeira questão. Ela traz à pauta de reflexão um dos debates mais candentes das últimas décadas no âmbito do direito comparado: o dos “transplantes jurídicos”, conceituados como “o movimento de uma regra ou de um sistema jurídico de um país para outro, ou de um povo para outro”⁹⁰. Trata-se de percepção que vê na transplantação fator de mais alto desenvolvimento e evolução⁹¹, ancorando-se, para demonstração da tese, em exemplos ofertados pela história do direito. Estes confirmariam que os “empréstimos” de modelos jurídicos estrangeiros são uma constante, mesmo quando feitos de modo parcial ou equivocado, acomodados de acordo com o feitio local ou, então, modulados para servirem de “voz de autoridade” a ideias próprias⁹².

ao extraordinário desenvolvimento da tecnologia e do poderio das empresas”.

⁹⁰ WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. London: The University of Georgia Press, 1993, p. 21. Para uma crítica recente ao conceito de “legal transplants”, veja-se LEGRAND, Pierre. The impossibility of legal transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Maastricht: Maastricht University, 1997, n. 111, pp. 111-124. Mas em resposta contundente, veja-se WATSON, Alan. Legal transplants and European Private Law. *Electronical Journal of Comparative Law*, 2000, dez., disponível em <http://www.ejcl.org/egcl/44/44-2.html>, acesso em 24/03/2014.

⁹¹ WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. London: The University of Georgia Press, 1993, p. 95.

⁹² Idem, pp. 95-101. Em abordagem mais recente sobre os mesmos temas, veja-se

Essa postura, assumida e desenvolvida sobretudo por Alan Watson, é de pleno otimismo quanto à transplantação, tanto que relega a uma importância secundária os fatores locais de modificação do modelo jurídico importado. Trata-se de tese, por essa razão, que já sofreu duras críticas, destacando-se as recentes de Pierre Legrand, que, de outro lado, assume a oposta posição de declarar que “as regras não podem viajar” de um local a outro⁹³, tendo em vista que seu significado não se transplanta (nada obstante a migração das palavras que o representam). Por conta dessa especificidade semântica, sempre atribuída contextualmente (“culture-specific”), “os transplantes jurídicos, na verdade, não se efetivam”⁹⁴.

Tanto tese quanto antítese podem ser lidas com parcimônia, haja vista não haver necessária exclusão entre cogitar a possibilidade (e a importância) da transplantação jurídica e admitir a incrustação contextual desse enxerto, que quase sempre o modifica substancialmente. Em verdade, no próprio texto de Alan Watson é possível encontrar algumas amenizações em sua postura que, numa leitura mais rápida, poderiam passar despercebidas⁹⁵. Watson finda por ressaltar que “a transplantação frequentemente, talvez sempre, envolve transformação jurídica”, no sentido de gerar repercussões em dependência à

WATSON, Alan. Aspects of reception of law. *American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1996, v. 44, em especial pp. 341-350.

⁹³ LEGRAND, Pierre. The impossibility of legal transplants. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Maastricht: Maastricht University, 1997, n. 111, p. 114.

⁹⁴ Idem, pp. 117-118. E Legrand complementa: “Meaning simply does not lend itself to transplantation. There always remains an irreducible element of autochthony constraining the epistemological receptivity to the incorporation of a rule from another jurisdiction, therefore limiting the *possibility* of effective legal transplantation itself. The borrowed form of words thus rapidly finds itself indigenized on account of the host culture’s inherent integrative capacity” (idem, p. 118).

⁹⁵ Sobretudo em trechos em que o autor tece críticas ao conceito savignyano de *Volksgeist*. Assim em WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. London: The University of Georgia Press, 1993, pp. 86-86 e p. 107.

nova ambiência em que inserta⁹⁶. “Borrowing is often creative”⁹⁷. Daí a razão de se estudar “todo o contexto da regra ou do conceito”, de modo que seja possível “entender a extensão da transformação”⁹⁸.

Há que se tomar com cautela, porém, o otimismo com que os defensores da transplantação defendem esse movimento, neles inculcando uma capacidade de fazer evoluir o ordenamento que os recebe. Como bem destaca Alessandro Somma, trata-se de percepção que finda por desconsiderar as “inúmeras causas exógenas das transformações” – isto é, as causas presentes na própria ambiência em que o modelo externo é recebido –, e finda por firmar-se estritamente no evolucionismo da própria transplantação, sem perceber que, muitas vezes (ou no mais das vezes), as transformações já estão em curso e apenas se aceleram, ou ganham relevo nalgumas de suas circunstâncias, com a influência do modelo jurídico recepcionado⁹⁹.

No contexto brasileiro, é possível encontrar advertências antigas com relação às transplantações, mas uma prática mais recente afeita a elas e pouco cuidadosa quanto à sua aclimatação. Já apontava Cândido Luiz Maria de Oliveira para a importância da participação dos juristas na adaptação dessas “permutas internacionais”, sendo imprescindível, portanto, o labor refletido da doutrina para sua efetivação (inclusive, para analisar a possibilidade e a pertinência de fazê-lo). “Se não cabe, com a actual compreensão do Poder publico, aos juris-

⁹⁶ Idem, p. 116.

⁹⁷ WATSON, Alan. Aspects of reception of law. *American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1996, v. 44, p. 345.

⁹⁸ WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. London: The University of Georgia Press, 1993, p. 116. Essa posição foi desenvolvida com ainda mais clareza em sua contundente réplica a Pierre Legrand: WATSON, Alan. Legal transplants and European Private Law. *Electronical Journal of Comparative Law*, 2000, dez., disponível em <http://www.ejcl.org/egcl/44/44-2.html>, acesso em 24/03/2014.

⁹⁹ SOMMA, Alessandro. Tanto per cambiare... Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Cidade do México: UNAM, 2006, n. 116, p. 538.

peritos a faculdade, outr’ora exercida pelos Gaios e Papinianos; se as *responsa prudentium* não tem mais a fôrça coercitiva, que lhes reservavam as constituições imperiaes, permanece inalteravel a grande authoridade, que elles exercem no desenvolver do organismo juridico”¹⁰⁰. De qualquer sorte, não se pode dizer que o comparatista era contrário às transplantações. Sua contrariedade era quanto à migração irrefletida, como resta bem enfatizado noutro trecho de sua obra: “si o pouco criterio n’essa transfusão constitue grave perigo, não menos damnosa é a resistencia obstinada”¹⁰¹.

Igualmente pertinente era a visão de Fortunato Azulay, ao traçar recomendações àqueles que desejavam levar a cabo uma transplantação: “nos casos especiais em que se há de tomar de empréstimo um instituto jurídico, cumpre escoimá-lo de seu arcabouço de origem. Cumpre despi-lo de tôda sua técnica de uso e desenvolvimento caracteristicamente nacional. Dêle só deve restar a idéia após a cremação a que deverá ser submetido antes da adaptação”¹⁰². Vê-se no doutrinador profunda preocupação em *aclimatar* o modelo jurídico que é trazido de fora, no sentido de tratar a situação como excepcional – valorizando, portanto, a tradição local –, e, se for o caso de sua pertinência, adaptá-lo ao sistema posto. Não há repúdio ao enxerto, mas recomendação de cautela no processo de transplantação.

Antigas mas atuais, as advertências desses dois comparatistas da primeira metade do século nem sempre são levadas em conta pela doutrina de hoje. Não são poucos os exemplos de importações irrefletidas, do uso de modelos jurídicos estrangeiros em sobreposição a modelos já sedimentados em nossa tradição, e mesmo de uma impressão, própria da “civilização do espetáculo”, de que o estrangeiro é superior pelo fato de não

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Cândido Luiz Maria de. *Curso de Legislação Comparada*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, editor, 1903, p. 8.

¹⁰¹ Idem, p. 7.

¹⁰² AZULAY, Fortunato. *Os fundamentos do direito comparado*. Rio de Janeiro: A Noite, 1946, p. 38.

ser nacional. Torna-se comum – porque impressiona e persuade pela forma, não pelo conteúdo – citar autores “de fora”¹⁰³, tratar como universal o que é particular e lograr a venda de “invenções estrangeiras” tal qual fazia o “inglês maquinista” de Martins Pena, que persuadia em seu intento não pela utilidade do maquinário (que, de fato, era inútil), e sim pelo estrangeirismo do que ofertava¹⁰⁴. Detectando esse “estado de coisas”, bem adverte Judith Martins-Costa que “não se faz doutrina com erudição vazia, *slogans* e palavras de ordem – por sonoras, generosas ou grandiloquentes que possam ser –, nem com o transplante acrítico de soluções estrangeiras, sem pensar-se nas possibilidades e sem avaliar os efeitos concretos de sua inserção no sistema”¹⁰⁵.

O estímulo desmedido a essas transplantações – estímulo que se produz no discurso de defesa, mas também no “silêncio qualificado”, que trata essa prática como corriqueira, ou na conduta que a exemplifica – traz riscos de maximização do que aqui se tem chamado de “ativismo arbitral”, pois outorga ao árbitro a possibilidade de manejar livremente a *lex mercatoria* em combinação ao direito escolhido pelas partes, sob o argumento da normalidade dessa conjunção. Daí a razão de se ler com reservas o otimismo com as transplantações. A advertência vale primacialmente para os aplicadores. Se é bem verdade que os juízes são menos inclinados que os juristas e os legisladores a examinar o que se produz noutros países¹⁰⁶, também é

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp. 23-24.

¹⁰⁴ Lido em MARTINS PENA, Luiz Carlos. Os dois ou O inglês maquinista. In: *Comédias (1833-1844)*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, pp. 139-220.

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22.

¹⁰⁶ Como ressalta SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamics approach to comparative law. *The American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1991, v. 39, n. 2, p. 395.

verdade que os árbitros são bastante mais suscetíveis a utilizar dados estranhos ao direito escolhido pelas partes, apanhando-os, no mais das vezes – quando o fazem –, do direito transnacional. O árbitro deve ter constante consciência, portanto, que é potencial veículo de transplantação de modelos jurídicos estrangeiros ou transnacionais, sendo de relevo que cerque-se das cautelas para que eventual combinação não gere o acultramento irrefletido de estrangeirismos, a supressão inadvertida do direito local e/ou o escamoteio de percepções pessoais do julgador sob a casca de um direito transnacional.

Esse acautelamento consiste em duas atitudes: de um lado, prestar respeito ao direito escolhido pelas partes, tratando sempre com cuidado e excepcionalidade a combinação a elementos externos à escolha; e de outro lado, nas hipóteses em que levada a cabo a combinação, fazer uso dos modelos hermenêuticos ofertados pela doutrina¹⁰⁷, especialmente a comparatista. A primeira atitude será objeto do Capítulo seguinte, ao passo que a segunda compõe exame “microcomparatista”¹⁰⁸, a variar de acordo com a matéria posta em discussão.

Mas antes de passar-se às limitações impostas pelo direito escolhido, trate-se do segundo questionamento adiantado no início deste Capítulo: o da variação semântica com que lida o árbitro. Como já notava Rodolfo Sacco, nem em um mesmo ordenamento as mesmas palavras têm idêntico significado, encontrando-se em dependência da lei em que estejam insertas, dos juízes que as manejem ou do jurista que as esteja conceituando¹⁰⁹. Essa polifonia se incrementa nas fronteiras dos orde-

¹⁰⁷ No sentido dado por REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 105-108.

¹⁰⁸ Para fazer-se uso da expressão de Konrad Zweigert e Hein Kötz, que a ela – à “microcomparação” – atribuem a comparação de institutos jurídicos específicos, diferentemente da “macrocomparação”, que lida com temas genéricos, tais como o método, a solução de litígios e o ofício dos aplicadores (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law* (trad. Tony Weir). 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 4-5).

¹⁰⁹ SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamics approach to comparative law. *The*

namentos, quando colocadas em interação diferentes experiências jurídicas, a trazerem consigo sua própria incrustação cultural, talhando, assim, um dos grandes “perigos do direito comparado”¹¹⁰. Tal plurivocidade não é suscetível de solução pela via solitária da tradução – esta que traz consigo toda uma problemática vastamente estudada pela filosofia da linguagem¹¹¹ –, daí vendo-se que, ao fim e ao cabo, é problema que se embrenha ao primeiro: trata-se de averiguar a inundação que o contexto provoca no texto, de que modo outros discursos (o político, o econômico, etc.) determinam modulações no significado dos vocábulos jurídicos, qual é a genética de uma determinada palavra e se ela é fruto de transplantes.

Mas ainda que se tomem em consideração todos esses aspectos, a completa e permanente correspondência “entre duas expressões pertencentes a diferentes idiomas pode ser criada apenas artificialmente”¹¹². Essa percepção suplanta a análise jurídica e ancora-se nos escolhos da filosofia da linguagem, valendo até hoje as advertências de Walter Benjamin, em texto seminal, sobre a impossibilidade da tradução precisa e rigorosamente correspondente: “a relação entre conteúdo e linguagem no original é inteiramente diferente do que na tradução. No original, conteúdo e linguagem constituem certa unidade,

American Journal of Comparative Law. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1991, v. 39, n. 1, pp. 12 e 21.

¹¹⁰ É o apontamento de Alan Watson: “What in other contexts would be regarded as a good knowledge of foreign language may not be adequate for the comparatist. Homonymous present traps. The French *contrat, domicile, tribunal administratif, notaire, prescription* and *juge de paix*, are not the English ‘contract’, ‘domicile’, ‘administrative tribunal’, ‘notary public’, ‘prescription’ and ‘justice of the peace’” (WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. 2. ed. London: The University of Georgia Press, 1993, p. 11).

¹¹¹ Por todos, as sempre argutas observações de BENJAMIN, Walter. The translator’s task (trad. Steven Randall). *TTR: Traduction, Terminologie, Rédaction*. [s.l.]: Association Canadienne de Traductologie, 1997, n. 2, pp. 151-165.

¹¹² SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamics approach to comparative law. *The American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1991, v. 39, n. 1, p. 18.

como a existente entre um fruto e sua casca, ao passo que a tradução envolve seu conteúdo como se com as grandes dobras de um manto real”¹¹³. Cabe ao aplicador e ao jurista terem em conta essas vicissitudes, buscando o significado o mais acabado possível das palavras com que trabalham (e dos modelos jurídicos que por elas são representados), e adotando certas cautelas para com seu manejo, quando vertidas de um idioma para o outro, tais como as sugeridas por Rodolfo Sacco: a tentativa de não traduzi-las, a adoção sucessiva de uma palavra que seja a mais semelhante possível e a criação de um neologismo de modo a apontar para a individuação do significado que representa¹¹⁴, tudo com vistas, no dizer de Benjamin, a “acordar o eco” da unidade original, que é objeto da tradução¹¹⁵.

2. A REALIDADE DO DIREITO MATERIAL APLICÁVEL

Se a identificação desses discursos auxilia no labor do árbitro, oportunizando-o evitar os excessos de uma permeação desmedida da *lex mercatoria* simplesmente por ser direito alenígena (também permitindo-o rejeitar o intento unificador, que o transforma em um propagador do “sonho do absoluto”), ela também repercute na avaliação das vinculações que a autonomia privada estabelece ao julgador. Fala-se em especial da escolha do direito material aplicável para a solução do litígio, no mais das vezes levada a cabo expressamente pelas partes ou,

¹¹³ BENJAMIN, Walter. The translator’s task (trad. Steven Randall). *TTR: Traduction, Terminologie, Rédaction*. [s.l.]: Association Canadienne de Traductologie, 1997, n. 2, p. 158.

¹¹⁴ SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamics approach to comparative law. *The American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1991, v. 39, n. 1, pp. 19-20.

¹¹⁵ BENJAMIN, Walter. The translator’s task (trad. Steven Randall). *TTR: Traduction, Terminologie, Rédaction*. [s.l.]: Association Canadienne de Traductologie, 1997, n. 2, p. 159.

em situações mais raras, omitida, a relegá-la aos árbitros (que, em verdade, não “escolhem” propriamente o direito material aplicável, conforme adiante se verá).

O mais corriqueiro é que as partes o façam em cláusula expressa do contrato ou deixem em seu texto indicações notórias quanto ao direito aplicável¹¹⁶, providência que – repita-se – deriva da autonomia que os contratantes possuem no desenho originário da arbitragem¹¹⁷. É bem verdade que essa percepção não encontra plena tranquilidade no Brasil, tendo em vista a previsão do art. 9.º da “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (antiga LICC), que dispõe: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituíram”. Há autores que, diante disso, sustentam não haver autonomia das partes quanto à definição do direito material, apenas admissível se e quando esse art. 9.º sofrer modificação¹¹⁸. Não parece haver acerto nessa hermenêutica, mormente depois do advento da Lei de Arbitragem (*lex posteriori*), que, se não gera

¹¹⁶ GOLDMAN, Berthold. La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international. *Revue de l'Arbitrage*. Paris: Gaignault, 1981, n. 4, pp. 481-482. Também CHUKWUMERIE, Okezie. *Choice of law in international commercial arbitration*. London: Quorum Books, 1994, p. 107.

¹¹⁷ Como comentam Alan Redfern e Martin Hunter, o “princípio da autonomia das partes” na escolha do direito material é lugar-comum (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 1986, pp. 72-73). Na doutrina nacional, veja-se LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 172-176. É o que se pode verificar do art. 42 da Convenção de Washington de 1965, do art. VII, 1, da Convenção de Genebra de 1961, do art. 20, 1, das “Regras de Arbitragem” da Câmara de Comércio Internacional, do art. 33, 1, das “Regras de Arbitragem da UNCITRAL”, e do art. 28, 1, da “Lei Modelo UNCITRAL”, tanto quanto, por derivação, do art. V(1)(a) da “Convenção de Nova York” de 1958 (apenas para ficar-se com alguns exemplos).

¹¹⁸ Catalogando as posições da doutrina brasileira desde o século XIX e criticando especialmente a postura restritiva face ao art. 9.º da Lei de Introdução, veja-se o texto de DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro: a prejudicial modéstia da doutrina brasileira. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 72-111.

o afastamento dessa interpretação restritiva, no mínimo leva à mitigação de sua dureza¹¹⁹. Ao prever que as partes podem “escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem” (art. 2.º §1.º), a Lei Federal n.º 9.307/96 arejou o claustro da Lei de Introdução e espanou seus dispositivos poeirentos, inserindo a autonomia privada como via prioritária dessa definição. Por essa razão, quando diante de escolha expressa das partes, é a ela que se deve dar prioridade, fazendo-se uso do art. 9.º da Lei de Introdução apenas como cânone interpretativo quando diante da omissão das partes ou, então, para afastar as raras situações de escolha absurda dos contratantes¹²⁰.

O silêncio das partes, porém, gera incontáveis debates, também porque a Lei Brasileira de Arbitragem não foi explícita no tema. Diga-se, no entanto, que a possibilidade de os árbitros estabelecerem o direito material aplicável no caso de omissão das partes não é colocada em dúvida¹²¹. O que gera indagação é o estabelecimento dos critérios para essa escolha. Estando diante de negócio lacunoso, então, vale a advertência de que o árbitro terá de perquirir em que medida a solução para a lacunosidade encontra-se no próprio contrato, examinando elementos textuais e contextuais que eventualmente possam informar

¹¹⁹ STRAUBE, Frederico G.; SOUZA, Marcelo J. I. de; GAGLIARDI, Rafael V. Leis aplicáveis à arbitragem. In: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs.). *Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 156.

¹²⁰ Absurdo que ocorreria caso as partes escolhessem ordenamento confrontante à prática do contrato e ao direito escolhido para regulá-lo, ainda se aceita a possibilidade da escolha de um direito neutro – sendo comuns os casos, por exemplo, em que o direito suíço foi o indicado, mormente em disputas que contrapunham partes do ocidente e do oriente, necessitando de uma escolha neutra, como relatam GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 793.

¹²¹ CRAIG, W. Laurence; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3. ed. New York: Oceana Publications, 2000, p. 641; entre nós, LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 181-182.

essa colmatação¹²². Sempre que possível, portanto, os árbitros devem apoiar-se em circunstâncias objetivas na indicação do direito material aplicável, com vistas a depurar uma “escolha implícita” de parte dos contratantes, tais como: a nacionalidade das partes, a natureza do negócio (nacional ou internacional?), o objeto da transação, eventuais referências esparsas no contrato a legislação estatal ou transnacional, a indicação do direito aplicável ao contrato (mas não da resolução do litígio), usos e costumes regularmente tidos para contratos similares e do mesmo ramo¹²³, eventual convergência das normas de conflito dos países a que pertencem os litigantes¹²⁴, etc. É certo, porém, que o “critério da sede” não é mais considerado como adequado para a determinação do direito material aplicável em caso de silêncio das partes¹²⁵, havendo diplomas internacionais que,

¹²² Remetemos a MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista de Arbitragem – GEARB. Edição Especial: Arbitragem – Questões Polêmicas* (coord. do número: Lucila de Oliveira Carvalho). Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 99-105.

¹²³ Este último caso é o recepcionado pelo art. 9.º, (2), da Convenção de Viena de 1980. Assim: MUSTILL, Lord Justice. The new *lex mercatoria*: the first twenty-five years. *Arbitration international*. [s.l.]: [s.n.], 1988, v. 4, n. 2, pp. 98-102; LANDO, Ole. The law applicable to the merits of the dispute. In: SARCEVIC, Petar (org.). *Essays on international commercial arbitration*. London: Martinus Nijhoff, 1989, p. 134.

¹²⁴ Como ocorreu no caso da ICC n.º 12193, tido entre um distribuidor libanês e um fabricante alemão, decidido em junho de 2004, e cujo direito aplicável, diante da lacunosidade contratual, foi definido como o do Líbano, por convergência dos critérios de conflito estipulados no direito internacional privado dos países de cada um dos litigantes. Esta decisão é ainda mais relevante tendo em vista que o requerido sustentou a aplicação conjugada da *lex mercatoria* (“Princípios UNIDROIT”), o que foi descartado pelo Tribunal Arbitral sob o fundamento de que, em havendo lei estatal aplicável e em inexistindo escolha expressa das partes pelo direito transnacional, não se pode cogitar o manejo deste último (ainda que houvesse convergência entre as regulações, como havia *in casu*).

¹²⁵ CHUKWUMERIJE, Okezie. *Choice of law in international commercial arbitration*. London: Quorum Books, 1994, pp. 122-124; STRAUBE, Frederico G.; SOUZA, Marcelo J. I. de; GAGLIARDI, Rafael V. Leis aplicáveis à arbitragem. In: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs.). *Arbitragem comercial: princípios, instituições e procedimentos; a prática no CAM-CCBC*. São Paulo:

pelo contrário, esforçam-se por sugerir aos árbitros outros critérios objetivos para o suprimento dessa lacuna¹²⁶.

Apenas como exemplo recente, tenha-se em conta o caso da ICSID n.º ARB/06/18 (Joseph Charles Lemire et alii *versus* Estado da Ucrânia), com sentença arbitral em 14 de janeiro de 2010, e cuja discussão situava como requerente o acionista majoritário de uma emissora de rádio licenciada para atuar na Ucrânia e como requerido o Estado da Ucrânia, que, em 1996, retirara a emissora do ar. A arbitragem derivava de um acordo firmado entre as partes em 2000, supostamente descumprido por autoridades ucranianas, e que não indicava expressamente a legislação aplicável: ele remetia ao art. 54 das “ICSID Additional Facility Arbitration Rules”¹²⁷, que, por sua vez, possibilita ao Tribunal Arbitral definir as regras aplicáveis, inclusive fazendo uso da *lex mercatoria*. O admirável esforço do Tribunal Arbitral, diante disso, e nada obstante a discricionariedade concedida pelas partes, foi por averiguar a existência, ou não, de uma escolha implícita dos litigantes, procurando nos termos do acordo pistas para essa definição. A conclusão foi por detectar em diversos trechos do documento a transcrição quase literal de partes dos “Princípios UNIDROIT”, o que levou os árbitros, então, a determinar que, implicitamente, fora este o direito

Marcial Pons, 2013, p. 158. Resumindo a antiga “doutrina da sede”, criticando-a e demonstrando suas deficiências, veja-se: GAILLARD, Emmanuel. *Legal theory of international arbitration*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2010, pp. 15-24. Nesse exato sentido, o já mencionado caso da ICC n.º 12193, que afastou peremptoriamente o argumento do “direito da sede” (que era Basileia, na Suíça).

¹²⁶ Por exemplo: “Regulation (EC) n.º 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations”, que adveio em substituição e revogação à Convenção de Roma de 1980, arts. 4.º e 12, 1, ‘c’; Convenção de Washington de 1965, art. 42, 1.

¹²⁷ “Schedule C, Arbitration (Additional Facility) Rules”, art. 54:0 “Applicable Law (1) The Tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the Tribunal shall apply (a) the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable and (b) such rules of international law as the Tribunal considers applicable. (2) The Tribunal may decide *ex aequo et bono* if the parties have expressly authorized it to do so and if the law applicable to the arbitration so permits”.

escolhido pelos contratantes para regular sua relação.

Partindo-se, porém, do pressuposto de haver uma escolha explícita das partes – que é o caso que aqui nos interessa, de modo a verificar a interação de autonomia (das partes) e heteronomia (do árbitro) –, é possível antever duas possibilidades: uma, quando as partes escolhem uma determinada ordem jurídica nacional e, cumulativamente, a *lex mercatoria*; outra, quando as partes optam apenas por um determinado direito material estatal, sem qualquer menção a normas transnacionais.

Na primeira hipótese, ter-se-á uma arbitragem em que direito material e *lex mercatoria* haverão de ser manejadas pelos árbitros sempre que possível, o que suscita questionar quando e como devem fazê-lo. A possibilidade (de combinar um e outro direito) é consagrada por certa jurisprudência internacional, “contanto que a *lex mercatoria*, aplicada à decisão do caso, não venha a contrariar frontalmente a legislação positiva que as partes escolheram”¹²⁸. Se houver contradição entre o direito estatal e a *lex mercatoria*, sendo ambos escolha das partes, a doutrina costuma sustentar que o primeiro deverá prevalecer, ignorando-se a disposição da segunda.

Ampliando esse entendimento, contudo, sugere Mauro Rubino-Sammartano que quando houver indicação cumulada, as normas da *lex mercatoria* servirão para suprir ou limitar as disposições do direito nacional, colmatando suas lacunas e extirpando suas imprecisões¹²⁹. Na mesma linha, a sutil disparidade entre ambos já levou a jurisprudência arbitral a dar prevalência à *lex mercatoria* sob o fundamento de tratar-se de direito mais avançado e aderente ao comércio internacional, e por isso tendente a “colmatar” e “extirpar” as imprecisões da ordem jurídica nacional. Alia-se a esse entendimento a tese de que as normas transnacionais, mormente as consolidadas em “leis

¹²⁸ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 91.

¹²⁹ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International arbitration law and practice*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 420.

uniformes”, devam servir de lente para que o julgador modele as leis nacionais em busca da desejada uniformidade¹³⁰.

Tal ocorreu, por exemplo, no caso da ICC n.º 7365/FMS, julgado em 05 de maio de 1997. A situação envolvia um contrato de instalação de equipamentos militares firmado entre uma empresa norte-americana (a Cubic Defense Systems, Inc.) e o Ministério da Defesa da República Islâmica do Irã, que teria padecido de *hardship* pelo advento da Revolução Islâmica de 1979. As partes estipularam o direito iraniano como aplicável ao conflito, mas dispuseram cumulativamente que os princípios gerais de direito internacional poderiam ter incidência complementar. A Corte Arbitral, então, levou em consideração a previsão cumulativa e decidiu o caso à luz dos “Princípios UNIDROIT”, que, sob sua visão, apresentava disposições mais claras e aderentes ao contrato.

Há de se ter cuidado com esse manejo, pois dele pode resultar a amputação inadvertida do direito estatal escolhido pelas partes (e tido naturalmente como prioritário). Nada obstante as posições recém referidas, que hoje reverberam noutros estudos, há de se admitir que o direito transnacional supra apenas o que houver de insuficiente no direito estatal, não admitindo-se que produza limitações ao seu conteúdo ou que prevaleça em caso de disparidades. O contrário representaria abrir as portas e as janelas para a modelagem do direito estatal sob a fôrma da *lex mercatoria*, usando-a como uma espécie de “leito de Procusto” que amputaria ou esticaria o direito material, tal qual fazia o bandido da mitologia grega com os visitantes que não tinham a exata medida de sua cama de ferro. Mais do que isso, dar prevalência ao direito transnacional sob o fundamento de ser um direito “mais avançado” e “promotor de unificação” representaria recair em discursos de denotada insubsistência (como procuramos demonstrar nos Capítulos anteriores), orien-

¹³⁰ Assim ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law* (trad. Tony Weir). 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 21.

tação que, muitas vezes, escamoteia o simples desejo de desprendimento do direito estatal, de mais difícil interpretação para árbitros estrangeiros, e de utilização daquilo que lhes é mais familiar.

Mas trate-se da segunda hipótese: aquela em que as partes optam, apenas, por um direito estatal específico. Pode o árbitro, nessas situações, valer-se da *lex mercatoria* como complemento à escolha das partes?

Tem sido tendência em doutrina e jurisprudência permitir aos julgadores que façam uso do direito transnacional para suplementar ou incrementar a resolução dos litígios. Ainda que esse posicionamento tenha encontrado, ao longo dos anos, alguns focos de resistência¹³¹, hoje uma grande diversidade de regras nacionais e internacionais abrem a possibilidade da aplicação cumulada e independente de previsão específica das partes. É o que prevê, por exemplo, o art. 21, 2, das “Regras de Arbitragem” da ICC, *in verbis*: “O tribunal arbitral deverá levar em consideração os termos do contrato entre as partes, se houver, e quaisquer usos e costumes comerciais pertinentes”. Segundo comentários às regras anteriores da ICC (mas com mesmo teor), a disposição “deve ser vista tanto como um complemento à previsão de um direito material nacional aplicável ao contrato, quanto como um substituto para sua incidência”¹³².

¹³¹ Tal é, por exemplo, o posicionamento de Lord Justice Mustill: “If the contract expressly stipulates a choice of governing law, and if the arbitrator is not an *amiable compositeur*, can the arbitrator properly apply the *lex mercatoria* in preference to the chosen law? The answer must surely be an equally blunt no. The arbitrator is mandated to decide the dispute in accordance with the contract; and the contract includes an agreement to abide by the denominated law. An arbitrator who decides according to some other law, whether anational or otherwise, presumes to rewrite the bargain. He has no right to do this. However good his motives, he does a disservice to the parties and to the institution of international arbitration” (MUSTILL, Lord Justice. *The new lex mercatoria: the first twenty-five years. Arbitration international*. [s.l.]: [s.n.], 1988, v. 4, n. 2, p. 104). Mais recentemente, GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 842-844.

¹³² CRAIG, W. Laurence; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. *International*

Do mesmo modo, Yves Derains e Eric A. Schwartz comentam que o artigo esboça um avanço em relação a tempos idos, em que a ausência de manifestação das partes impunha ao Tribunal que escolhesse o direito aplicável considerando a sede da arbitragem. A redação atual outorga ampla liberdade aos árbitros, o que resulta de uma longa lista de precedentes, que aos poucos foi se desgarrando da sede, passou por métodos mais abertos (como, por exemplo, levar em conta o lugar do conflito) e talhou a liberdade de escolha¹³³.

Dentre outros precedentes¹³⁴, foi o que ocorreu no caso n.º 147/2005 da ICC, julgado em 30 de janeiro de 2007. O conflito envolvia uma empresa russa e uma empresa alemã, vinculadas a um contrato de compra e venda de produtos metálicos. O contrato dispunha que o direito aplicável era o russo, sendo que ambos os países – Rússia e Alemanha – são signatários da

Chamber of Commerce Arbitration. 3. ed. New York: Oceana Publications, 2000, p. 331. Como sugerem mais adiante os comentaristas, os “international trade usages” está abarcado pelo conceito de *lex mercatoria* (idem, p. 633). Também com essa compreensão DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *A guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005, pp. 235-237: “Notwithstanding the controversy generated by references to transnational legal rules of the *lex mercatoria*, the application of such rules in ICC arbitration has been increasing in recent years, although parties more often refer to a national law when contracting, as do most ICC arbitrators. In certain circumstances, recourse to such rules has appeared legitimate and appropriate to ICC arbitrators, and Awards have, thus, been made on this basis and also survived subsequent judicial challenge”.

¹³³ DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *A guide to the ICC Rules of Arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005, pp. 240-241. Essa liberdade de escolha dos árbitros é estendida inclusive para permitir que optem por um “direito neutro” ou pelo *dépeçage*, nos mesmos termos da faculdade conferida às partes e em observância aos mesmos limites que acima se anotaram. Tenha-se, apenas, que essas duas possibilidades devem ser vistas como subsidiárias à impossibilidade ou insuficiência da escolha a partir dos dados contratuais (GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 879).

¹³⁴ Por exemplo, o caso n.º 8908, julgado em dezembro de 1998 por Corte Arbitral constituída em Milão, que, a par de ter o direito italiano como aplicável, utilizou as regras de interpretação e boa-fé contidas nos “Princípios UNIDROIT” (artigos 1.7 e 4.1-4.8), “which are in all events a useful reference framework for applying and judging a contract of an international nature”.

Convenção de Viena de 1980 (CISG), o que atraía sua incidência cumulativa ao caso concreto. Ainda assim, o tribunal arbitral entendeu que nenhuma dessas fontes previa qualquer remédio apropriado para a situação (que era a de “execução específica do contrato”), e por isso invocou *ex officio* a aplicação dos “Princípios UNIDROIT”.

Essa orientação mais liberta, porém (a que aqui se tecem advertências), não é uma constante nos precedentes arbitrais, havendo julgados que adotam a cautela de só admitir a conjugação da *lex mercatoria* ao direito escolhido pelas partes quando diante de, no mínimo, duas circunstâncias: se, em primeiro lugar, tiver havido escolha expressa dos litigantes pela aplicação cumulada do direito transnacional; ou se, em segundo lugar, na falta dessa opção, as normas transnacionais cogitadas constituírem “usos comuns” do comércio. É o que se teve no caso n.º 8.873 da ICC, julgado em 1997, em que as partes de um contrato de construção de uma estrada na Argélia escolheram por aplicável o direito material espanhol. O demandante, então, suscitou a aplicação dos “Princípios UNIDROIT” em matéria de *hardship* e as normas da FIDIC (“Condition of Contract for Works of Civil Engineering and Construction”) e da ENAA (“ENAA Model Form International Contract for Process Plant Construction”) em tema de *force majeure*, o que foi rejeitado pelo tribunal arbitral porque: nenhum desses diplomas fora escolhido como aplicável pelas partes; porque as normas civis espanholas continham à saciedade regras específicas e atinentes ao contrato de construção (“contrato de obras”); e porque nenhuma dessas normas constituía “usos comuns do comércio”¹³⁵.

No âmbito nacional, enfim, é possível sustentar que o uso da *lex mercatoria* como auxílio e suplementação ao direito

¹³⁵ Nesse mesmo sentido é o julgamento preliminar (“interim award”) da ICC n.º 6149, de 1990, que afastou a utilização da Convenção de Viena de 1980 e manteve o direito sul-coreano como aplicável, haja vista a ausência de opção expressa das partes pelo diploma internacional.

material escolhido é permitida pela “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, ao dispor no art. 4.º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Por isso a razão de, permitida a conjugação (mas apenas em caso de *omissão*), ter-se a maior cautela em seu manejo, tendo em vista que as supressões e sobreposições nem sempre são feitas de manifesto pelo julgador, em qualquer das hipóteses – manifesta ou escamoteadamente – capazes de perpetrar agressão ao dispositivo recém citado.

O que não se pode cogitar, em nenhuma hipótese, é que os árbitros afastem a aplicação do direito escolhido pelas partes e forcejem a substitutiva incidência da *lex mercatoria*. Como já se tratou nos Capítulos anteriores, há de se ter cuidado com esse entendimento, seja porque o ideal de uniformização não deve ser visto como parte do ofício arbitral ou como factível sob o guarda-chuva de “leis uniformes”, seja porque dar-se prevalência à *lex mercatoria* é postura que mascara distorções e sobreposições ao direito escolhido pelas partes – ou, muitas vezes, o próprio desconhecimento do ordenamento local por parte dos árbitros, já que a “fuga para a *lex mercatoria*” é, em alguns casos, solução mais fácil e menos exigente, mormente para quem está acostumado com seus ditames e, circunstancialmente, desacostumado com o direito escolhido pelas partes. Dar preferência ao direito transnacional deve ser postura de absoluta exceção, sob pena de ter-se por agredida a autonomia privada e, ato contínuo, obter-se decisão de difícil homologação ou execução perante o juízo estatal¹³⁶.

Por fim, essa mesma cautela há de ser assumida com relação à hermenêutica contratual. A advertência é pertinente

¹³⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 91; PARK, William. Control mechanisms in the development of a modern *lex mercatoria*. In: CARBONNEAU, Thomas (org.). *Lex Mercatoria and arbitration: a discussion of the new Law Merchant*. The Hague: Kluwer Law International, 1992, p. 164.

tendo em vista que, em algumas arbitragens, tem-se pendido por uma interpretação mais restritiva, mais presa ao texto do contrato, circunstância que configura outra forma de vilipêndio ao direito escolhido pelos litigantes (quando, por evidente, esse direito impuser que o intérprete vá além da literalidade). Ora, a escolha das partes abarca também o rol de normas de interpretação contratual contido no direito escolhido, não podendo o árbitro dele se desgarrar¹³⁷. É o que bem se decidiu no caso n.º 5029 da ICC (julgamento preliminar de 16 de julho de 1986), em que a lei aplicável ao contrato em questão – um contrato de empreitada firmado para a construção de certas estruturas no Egito – era a egípcia. O tribunal arbitral reconheceu que “a cláusula de escolha do direito aplicável (...) implica considerar que o Contrato seja interpretado de acordo com as regras de interpretação do direito egípcio, em particular Arts. 150 et seq. do Código Civil Egípcio”¹³⁸, vinculando, bem se vê, sua própria atuação ao direito indicado pelos contratantes.

CONCLUSÕES

¹³⁷ Como pontua Jonas Rosengren, as normas de interpretação de cada ordenamento jurídico, apesar de aparentarem, muitas vezes, homogeneidade (por decorrência de sua vagueza e de uma mais elevada abstração do tema que tratam), apresentam diferenciações importantes (ainda que, muitas vezes, sutis), impondo ao aplicador levá-las em consideração e manter fitos os olhos na escolha dos contratantes (ROSENGREN, Jonas. *Contract interpretation in international arbitration*. *Journal of International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2013, v. 30, issue 1, p. 16).

¹³⁸ Também paradigmático nesse sentido é o caso *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, de 2010, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que os árbitros excederam os poderes conferidos pelas partes, haja vista que, para suprir as lacunas do contrato em discussão, deixaram de aplicar as regras de interpretação do “Federal Arbitration Act” (e de outras fontes) – que eram de impositiva consideração pelos julgadores – e fizeram uso de sua discricionariedade. Consulte-se a íntegra do julgado em <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1198.pdf>. Para uma suma das críticas feitas ao precedente e dos dados positivos que ele contém, veja-se BOWER II, Charles H. *Mind the gap*. *International Council for Commercial Arbitration – Miami, 2014* (Conference Paper).

Em seus célebres comentários à “Lei da Boa Razão”, José Homem Correa Telles já indicava os riscos de se permitir ao aplicador que combine livremente direito nacional e direito estrangeiro na sua “praxe de julgar subsidiária”¹³⁹, concessão que deixa “aberta a porta aos arbítrios dos julgadores, que podem conformar-se a esse ou aquele Estatuto, como lhes parecer”¹⁴⁰. Já notava Correa Telles que a vagueza inata à linguagem do direito, de complexidade elevada, se incrementa nas fronteiras dos ordenamentos, no terreno movediço em que encontram-se, combinam-se e, muitas vezes, atritam-se diferentes experiências jurídicas, aumentando a turbidez dos conceitos mais fundamentais (contrato, jurisdição, lei, costume) e exigindo do intérprete que se mova com delicadeza e atenção redobrada para distinguir as sutilezas de cada experiência, as camadas de mentalidade recobertas pela casca das palavras, o recheio semântico produzido pelos “formantes” de cada ordenamento¹⁴¹.

Passados quase 150 anos, o crescimento exponencial da arbitragem revigorou as advertências do jurista português, ainda que também tenham se exponenciado as simplificações, a transformação da doutrina em mero discurso e pregação – e, no caso da arbitragem, uma pregação extrema (e muitas vezes a qualquer custo) de sua disseminação, e que se desdobra na imagem de um árbitro que deva servir de instrumento para a consolidação de um direito transnacional unificado e para a livre circulação de modelos jurídicos. É bem verdade que essa ordinarização acompanha uma tendência mais ampla. Bem relata Judith Martins-Costa que “a doença da doutrina” como

¹³⁹ Conforme trecho do §9.º da legislação pombalina, de 18 de agosto de 1769.

¹⁴⁰ CORREA TELLES, José Homem. *Commentario critico á Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*. Lisboa: Typographia de Maria da Madre de Deus, 1865, p. 64.

¹⁴¹ Para a noção de “formantes jurídicos”, veja-se SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamics approach to comparative law. *The American Journal of Comparative Law*. Michigan: The American Society of Comparative Law, 1991, v. 39, n. 1, pp. 1-34, e n. 2, pp. 343-401.

um todo – mas não apenas da doutrina: também da jurisprudência que, num mantra monocórdico, a repete na forma e no conteúdo – “está na simplificação, isto é: na adoção de explicações que, sob a capa de um pretensão didatismo, aplainam o que é complexo e, por isto, tem ralo ou nulo papel orientador”¹⁴².

Como visto neste trabalho, o aplainamento que finda por talhar uma espécie de “ativismo arbitral” deriva basicamente de duas ficções, ou de dois “sonhos da razão”, para reinvocar a precisa crítica de Umberto Eco¹⁴³: da pregação de uma *lex mercatoria* uniforme e circulante, e que se escora numa reinterpretção histórica de discutível acerto e numa percepção de presente que contraria o estado de coisas mais sensorial; e do otimismo demasiado para com os movimentos de transplantação (ou, no mínimo, na irreflexão de seu manejo), considerados de *per se* como evolutivos. De fato “nós já geramos monstros demais”¹⁴⁴, e talvez seu expurgo só seja possível também a nível de discurso (ou de “contra-discurso”), sem que com isso se finde por prescindir da “função individualizadora da ciência” de que nos fala Giuseppe Capograssi¹⁴⁵, que tanto escasseia no labor dos “Mercadores do Absoluto”¹⁴⁶.

¹⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 23. Nesse sentido é também o texto de Humberto Ávila, ao falar do “simplismo” que inunda os livros de dogmática, a evanescer o caráter orientador da doutrina (ÁVILA, Humberto. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. In: *Conversa sobre a Interpretação no Direito. Estudos em Homenagem ao Centenário de Miguel Reale*. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2011, set., Cadernos para Debates n. 4, p. 152).

¹⁴³ ECO, Umberto. ‘Dreaming of the Middle Ages’: An unpublished fragment. *Semiotica*. Amsterdam: Mouton de Gruyter, 1987, n. 63, p. 239.

¹⁴⁴ Idem, p. 239.

¹⁴⁵ A de “resolver o problema” e “reconduzir o caso novo que a controvérsia apresenta à unidade profunda da experiência que a ciência repensa e pesquisa com o seu perpétuo trabalho de análise” (CAPOGRASSI, Giuseppe. *Il problema della scienza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 200-201).

¹⁴⁶ ECO, Umberto. ‘Dreaming of the Middle Ages’: An unpublished fragment. *Semiotica*. Amsterdam: Mouton de Gruyter, 1987, n. 63, p. 239.

