

CAPÍTULO XXIII

OS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS RELATIVOS AO COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL

*Ricardo Barretto de Andrade**

Sumário • 1. Introdução – 2. A aplicação das regras de conflitos de leis no comércio eletrônico internacional – 3. A unificação dos direitos substanciais do mundo – 4. A criação de uma ordem legal internacional privada – 5. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno do comércio internacional há muito tempo se apresenta como uma realidade no cenário internacional. Mais recentemente, todavia, e sobretudo a partir da década de 80, o processo de globalização econômica tem impulsionado os fluxos mundiais de comércio de forma surpreendente.

Bem assim, o surgimento significativo, na década de 90, do comércio eletrônico contribuiu para tornar as relações econômicas ainda mais complexas, mormente quando essas relações se desenvolvem entre atores de países distintos.

Em decorrência disso, passou a ser fundamental a regulamentação e normatização satisfatória das relações comerciais existentes no plano supranacional. Assim, podem-se vislumbrar essencialmente três modelos voltados a concretizar essa regulamentação: o primeiro consiste na aplicação de regras de conflitos de leis que consubstanciam o Direito Internacional privado; uma segunda possibilidade seria a busca pela unificação, de forma universal, do direito material ou substancial dos países; por fim, ante a ausência de uma regulamentação do comércio baseada na atuação conjunta dos Estados, surge, no seio das relações econômicas privadas, a possibilidade de auto-regulamentação, a exemplo do que de certa maneira já ocorre por meio da *lex mercatoria*.

Esses três meios de solução de conflitos relacionados ao comércio eletrônico internacional, muitas vezes coexistentes entre si, apresentam, cada um, vantagens

* Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e graduando em Relações Internacionais pelas Faculdades Jorge Amado.

e desvantagens, razão pela qual todos devem ser estudados e analisados, porquanto as relações comerciais internacionais demandam um nível de segurança jurídica e institucional do qual ainda se está muito aquém.

2. A APLICAÇÃO DAS REGRAS DE CONFLITOS DE LEIS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL

O Direito Internacional Privado, entendido como um conjunto de normas de direito interno que regula relações privadas dotadas de elementos de estraneidade, possui caráter instrumental, portanto direcionado a solucionar um conflito de competência legislativa internacional por meio da utilização de regras que definem a lei a ser aplicada no caso concreto.

No que se refere ao comércio internacional, a aplicação das regras de conflitos de leis é ainda muito tímida. Isso porque a dinâmica das relações comerciais praticamente “atropela” a morosa renovação legislativa dos critérios de determinação da lei que deverá ser aplicada caso se constate a ocorrência de um choque de leis de países distintos. Além disso, a efetividade do Direito Internacional Privado depende, em grande medida, da harmonização dos critérios de solução de conflitos aplicados pelos diferentes países, sem o que a aplicabilidade desses critérios pode se tornar inócua.

Assim, havendo um litígio comercial internacional, caso os países relacionados ao conflito não adotem o mesmo critério de conexão, não se chegará a uma solução comum e satisfatória para ambos os países. Dessa forma, o Direito Internacional Privado, a despeito de ser formado por um conjunto de normas que pertencem aos ordenamentos jurídicos internos, carece de uma harmonização ou unificação internacional.

Nesse campo, há iniciativas de maior ou menor sucesso de harmonização do Direito Internacional Privado. A União Européia, por exemplo, apresenta um bom estágio de uniformização deste ramo do direito, ao passo que a América Latina, apesar de ter sido pioneira com o Código Bustamante, de 1928, não alcançou um estágio de unificação normativa tão avançado, sobretudo em razão da utilização abusiva do instituto das reservas aplicado aos tratados internacionais.

Em relação ao comércio eletrônico internacional, sua natureza ainda mais fluida e dinâmica torna a aplicação das regras de conflitos de leis ainda mais complexa que no comércio internacional tradicional. Essa espécie de comércio difere do comércio tradicional principalmente pela forma de celebração dos contratos que ensejam sua prática. Bem assim, por ser um fenômeno muito recente, o comércio eletrônico ainda não apresenta uma regulamentação satisfatória pelos direitos internos dos países.

Com a revolução tecnológica hodiernamente ocorrida, as relações econômicas têm se tornado cada vez mais ágeis. Se há algum tempo era possível saber o local de celebração de um contrato devido a seu caráter escrito ou verbal, nos dias atuais muitas relações econômicas ocorrem virtualmente, de forma eletrônica, pelo que se tem enorme dificuldade para regulamentá-las.

Nesse sentido, o Advogado Eduardo Weiss Martins de Lima (2007), mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP, pondera que:

Quando um consumidor em nosso país tem uma pretensão resistida em relação a um fornecedor localizado em outro – por exemplo o bem adquirido não é entregue – temos em mente que existem dois ordenamentos jurídicos, a princípio, a reger a relação, já que nas compras pela internet dificilmente haveria eleição de lei e foro. Como, da mesma forma, dificilmente o direito material – e processual – desses países será harmônico, igual, ou mesmo semelhante, podemos ter um conflito de normas. Qual sistema prevalece? As regras de Direito Internacional Privado de cada país trazem elementos de conexão para determinar o direito aplicável – territoriais, como o domicílio, pessoais, como a nacionalidade, ou mesmo voluntários – mas são, da mesma forma diferentes entre os diferentes ordenamentos, além de antiquadas e relacionadas às obrigações mercantis, como no caso do Brasil (art. 9º da LICC). É na vontade dos Estados em harmonizar estas relações por meio dos acordos internacionais, como no caso da OEA, que pode haver a saída para tantas perguntas.

Dessa forma, observa-se que a capacidade de utilização do Direito Internacional Privado para solucionar conflitos de competência legislativa internacional é ainda muito restrita no que toca ao comércio eletrônico internacional, seja porque o direito interno dos países ainda não é capaz de normatizar o comércio eletrônico, ou, ainda, porque não há suficiente consenso entre os ordenamentos jurídicos dos países para que sejam adotadas regras comuns de resolução de conflitos de leis, valendo-se destas como principal meio para regulamentar esse emergente fenômeno econômico.

3. A UNIFICAÇÃO DOS DIREITOS SUBSTANCIAIS DO MUNDO

Num mundo marcado pelo avanço do processo de globalização e pela porosidade crescente das fronteiras nacionais, em decorrência do aumento nos fluxos internacionais de pessoas, mercadorias e capital, a unificação dos direitos substanciais dos países certamente simplificaria a solução dos conflitos que decorrem das mais diversas relações internacionais privadas.

Isso permitiria, no que se refere ao comércio eletrônico, por exemplo, a aplicação internacional de normas únicas de direito comercial, empresarial, bancário, das relações de consumo, etc., sem a necessidade de utilização de regras de conflitos de leis, já que não ocorreriam estes conflitos.

Esse ideal de unificação do direito material dos países, todavia, é ainda mais difícil de ser alcançado que o ideal de uniformização do Direito Internacional Privado. Isso porque, apesar da existência do processo de globalização, cada país ainda possui marcantes e singulares características sociais e culturais, que se refletem de forma única em seu ordenamento jurídico, pelo que é improvável, ao menos num razoável espaço de tempo, que venha a ocorrer um esforço de unificação internacional dos direitos substanciais.

Em seus estudos sobre a harmonização e unificação do direito privado na América Latina, o Professor Alejandro Garro (1994) afirma a existência de uma identidade na cultura jurídica dos países latinos que constituiria uma base firme para a harmonização dos direitos materiais internos destes países. Em razão disso, segundo Garro, as tendências de uniformização do direito substantivo latino-americano se projetariam em uma crescente elaboração de “leis-tipo” ou “códigos modelo”. A despeito de servir em alguma medida como fonte de reformas legislativas, essa tendência, todavia, ainda não teria viabilizado a concretização de um direito positivo uniforme.

No particular, também vale salientar que a unificação dos direitos substantivos relativos ao comércio internacional, mormente ao comércio eletrônico internacional, possui duas dificuldades adicionais.

Em primeiro plano, considerando que as legislações internas que envolvem o comércio eletrônico são extremamente defasadas, deve-se levar em conta que um esforço internacional de unificação das normas relativas a este comércio teria de ser ainda maior, pois o esforço não seria meramente de unificação, mas de construção de um direito unificado, uma vez que ainda é incipiente a regulamentação do comércio eletrônico nos ordenamentos jurídicos internos, pelo que não há bases sólidas para haver um processo de unificação.

Por outro lado, caso fosse alcançado um estágio avançado de unificação legislativa no campo do comércio eletrônico internacional, surgiria o desafio de criar mecanismos de atualização legislativa capazes de acompanhar a evolução dinâmica deste tipo de comércio.

Não se vislumbra, portanto, uma significativa possibilidade de resolução dos conflitos que envolvem o comércio internacional por meio da uniformização dos direitos substanciais dos países, pelo menos não por meio da formatação de um ordenamento jurídico único, o que não exclui a possibilidade de unificação pontual de determinadas normas que envolvem esse tipo de comércio.

4. A CRIAÇÃO DE UMA ORDEM LEGAL INTERNACIONAL PRIVADA

O crescimento significativo do comércio internacional ocorrido no século XX foi responsável pelo surgimento de um fenômeno sistêmico de normatização

privada das relações comerciais internacionais. Segundo o Professor Valerio Mazzuoli (2003), este é um fenômeno que tem origem remota nas feiras da Idade Média, quando os comerciantes buscavam a auto-regulamentação de suas relações como forma de superar os entraves impostos pelo sistema feudal de então.

Nesse sentido, o primeiro intelectual a detectar a existência de um direito costumeiro do comércio internacional baseado na prática reiterada de seus agentes foi o Professor Berthold Goldman, em trabalho publicado em 1964. De forma pioneira, Goldman (1964) revelou a emergência de um fenômeno denominado “nova *lex mercatoria*”, que corresponderia a um conjunto de normas de origem essencialmente privada, responsável por regulamentar as práticas do comércio internacional.

Segundo Goldman (1964), as relações econômicas privadas internacionais cada dia mais escapariam da influência dos ordenamentos jurídicos estatais, ou até mesmo de um direito uniforme integrado à legislação dos Estados. Isso ocorreria porque, de forma semelhante ao que acontecia na Idade Média, há, na modernidade, a necessidade de que os agentes privados do comércio possuam mecanismos de solução de conflitos compatíveis com a dinâmica das relações comerciais por eles empreendidas.

Nesse sentido, à medida que os Estados, seja pela normatização interna, seja por suas articulações no sentido de criar normas uniformes de direito substantivo ou instrumental, não dispõem de instrumentos adequados à regulamentação do comércio internacional, surge, como imperativo, a necessidade de essas relações econômicas serem guiadas por normas criadas por iniciativa dos próprios agentes dessa modalidade comércio.

Assim é que as articulações do setor privado, ocorridas de forma espontânea, tornam-se relevantes e atualmente ocorrem, inclusive, no âmbito de instituições criadas com o intuito de estudar e normatizar o comércio internacional, a exemplo da UNIDROIT (*The International Institute for the Unification of Private Law*) e da Câmara do Comércio Internacional de Paris.

O interessante é que o direito costumeiro do comércio internacional tem criado figuras jurídicas até então desconhecidas pelos ordenamentos jurídicos internos e que, muitas vezes, são incorporadas por estes. A criação das “INCOTERMS”, no bojo da Câmara Internacional de Comércio, e sua posterior adoção pelo direito comercial brasileiro, por exemplo, demonstra a pujança do fenômeno da *lex mercatoria* e os impactos que este pode ter também nos ordenamentos internos. De igual maneira, há figuras de contratos internacionais atualmente reconhecidas pelo direito brasileiro que se originaram das práticas reiteradas do comércio internacional, a exemplo dos contratos de *leasing* e *franchising*.

No que se refere ao comércio eletrônico internacional, este possui particularidades em relação ao comércio tradicional e, mesmo no âmbito das práticas reiteradas do comércio internacional, ainda apresenta regulamentação incipiente. Deve-se reconhecer, portanto, que a *lex mercatoria* ainda não abarca satisfatoriamente o comércio eletrônico. Há, todavia, um enorme potencial para a adoção da *lex mercatoria* aplicada ao campo do comércio eletrônico, que, segundo o Professor Cláudio Finkelstein (2005) poderia ser denominada “*e-lex mercatoria*”.

Nesse esteio, aplicada ao comércio eletrônico, a *lex mercatoria* possibilitaria uma maior dinâmica normativa a esse campo do direito internacional, algo extremamente difícil de ocorrer com uma possível uniformização dos direitos internos dos países ou mesmo com a harmonização das regras de conflito de competência. Dessa forma, a grande vantagem da “*e-lex mercatoria*” seria criar mecanismos céleres e eficazes de solução de conflitos que envolvem o comércio eletrônico internacional.

Há, entretanto, uma diferença fundamental entre o comércio internacional tradicional e o comércio eletrônico no que se refere a seus agentes. Por um lado, o comércio tradicional, em regra, envolve a atuação de empresas ou pessoas jurídicas de forma geral. Nesse contexto, caso haja alguma contenda, um árbitro pode ser designado pelas partes para solucionar o conflito, consoante as normas, princípios e práticas que regem o comércio internacional.

Em relação ao comércio eletrônico, todavia, a situação mais comum envolve, como partes, uma empresa e uma pessoa física. Esse fato deve alertar para a existência em potencial de relações de consumo no seio do comércio eletrônico internacional, o que implica em dizer que uma das partes (o consumidor) é manifestamente hipossuficiente em relação à outra.

Assim, pode-se questionar: Caberia nessa situação a aplicação da arbitragem nos moldes em que é utilizada pela *lex mercatoria*? Como esperar que a prática reiterada do comércio eletrônico internacional crie mecanismos de solução de conflitos que possuam equidade e permitam o equilíbrio da relação contratual?

Esses são temas sobre os quais a criação de uma doutrina da *e-lex mercatoria* deverá passar, já que não se pode simplesmente utilizar os institutos da *lex mercatoria* de forma deliberada em relação ao comércio eletrônico, pelo menos não antes que se tenha a devida dimensão das especificidades e peculiaridades desse tipo de comércio.

O mais adequado, portanto, não seria o que propõe o Professor Finkelstein (2005), no sentido da mera “*adoção da lex mercatoria aplicada ao campo do comércio eletrônico*”, pois isso geraria graves distorções contratuais e jurídicas nas relações econômicas ocorridas via comércio eletrônico.

Nesse particular, parece necessária uma análise detalhada das particularidades do comércio eletrônico, bem como é adequado e aconselhável que os Estados participem dessa nova regulamentação, criando em conjunto, por exemplo, normas uniformes de proteção ao consumidor, ou mesmo critérios uniformes de solução de conflitos por meio do Direito Internacional Privado.

5. CONCLUSÃO

Ante de tudo quanto exposto, pode-se afirmar que nenhum dos meios de solução de conflitos de leis atinentes ao comércio internacional pode ser adequadamente transposto de forma autônoma para o campo do comércio eletrônico internacional.

Se, por um lado, a aplicação do Direito Internacional privado e a unificação dos direitos substanciais são deficientes num campo tão novo e ainda pouco retratado pelas legislações internas, igualmente a proposta de criação de uma “*e-lex mercatoria*” não pode ser tida como única forma de solução de conflitos relativos ao comércio eletrônico internacional.

O que desponta como mais adequado, pois, é a utilização simultânea dos três meios de solução de conflitos, adaptando-os às peculiaridades do comércio eletrônico. Assim, a unificação, ainda que complexa, dos direitos substanciais em determinados pontos não exclui a aplicação do Direito Internacional privado em outras questões, que, por sua vez, também pode ser conciliada com a aplicação das práticas reiteradas do comércio internacional adaptadas ao comércio eletrônico.

A questão dos meios de solução de conflitos, portanto, não pode ser vista a partir de uma dicotomia, de uma oposição ou exclusão mútua, pelo que a conciliação destes meios é fundamental para o deslinde das complexas questões que envolvem o comércio eletrônico internacional.

6. REFERÊNCIAS

- FINKELSTEIN, Cláudio. “A *E-Lex Mercatoria*”. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, abr-jun de 2005, v. 11: p. 99.
- GARRO, Alejandro M.. “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, *Revista de Direito Civil*, jul-set de 1994, nº 65.
- GOLDMAN, Berthold. “Frontières du droit et *lex mercatoria*”. In: *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, nº 9 (Le droit subjectif en question), p. 177-192, 1964.
- MARTINS DE LIMA, Eduardo. “**Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional**”. in **Jornal Jurídico Carta Forense, edição 1/2007. Disponível em:** <<http://www.cartaforense.com.br/v1/index.php?id=entrevistas&identrevista=61>>. Acesso em 29 mar. 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “A nova *lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde”. In: Jete Jane FIORATI e Valerio de Oliveira MAZZUOLI (Coord.). *Novas Vertentes do Direito do Comércio Internacional*. São Paulo, ed. Manole, 2003, p. 28.